

Frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie med henblikk på retur

Statens adgang til å utøve utlendingskontroll holdt opp mot barnets
frihetsinteresse

Kandidatnummer: 802

Leveringsfrist: 25. april 2015

Antall ord: 17 996



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie med henblikk på retur	1
1.2	Bakgrunn for oppgavens tema	4
1.3	Videre fremstilling	5
2	METODISKE SPØRSMÅL.....	6
2.1	Innledning	6
2.2	Rettskildebilde	6
2.2.1	Særlig om betydningen av rettspraksis og internasjonale menneskerettsorganers praksis	7
2.3	Harmonisering mellom de ulike rettskildene	9
2.3.1	Harmonisering mellom utlendingsloven og straffeprosessloven.....	9
2.3.2	Harmonisering mellom utlendingsloven og Grunnloven	9
2.3.3	Tolkning av konvensjoner	10
2.3.4	Harmonisering mellom rettskildene	10
2.4	Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp	12
3	STATENS ADGANG TIL Å UTØVE UTLENDINGSKONTROLL HOLD OPP MOT BARNETS FRIHETSINTERESSE	13
3.1	Innledning	13
3.2	Myndighetenes behov for utlendingskontroll	13
3.3	Hensynet til barnet	14
4	ER FRIHETSBERØVELSE AV MINDREÅRIGE UTLENDINGER I FØLGE MED FAMILIE ET LEGITIMT FORMÅL FOR Å IVARETA UTLENDINGSKONTROLL?	18
5	OPPFYLLER UTLENDINGSLOVEN § 106 FØRSTE LEDD BOKSTAV B FØRSTE PUNKTUM LOVKRAVET VED FRIHETSBERØVELSE AV MINDREÅRIGE UTLENDINGER I FØLGE MED FAMILIE?	23
5.1	Innledning	23
5.2	Lovkravet og legalitetsprinsippet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger	23
5.3	Forholdet til straffeprosessloven – generelle utgangspunkter.....	26
5.4	Hva innebærer det å forlate riket?	27
5.5	Bestemmelsens virkekræfts	28

5.5.1	Forholdet mellom frihetsberøvelse av mindreårige etter straffeprosessloven og utlendingsloven – frihetsberøvelse av mindreårige under 15 år	30
5.6	Beviskravet etter bestemmelsen	31
5.7	Når foreligger det en slik unndragelsesfare at det er behov for frihetsberøvelse?	33
5.8	Oppsummering	34
6	FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN VED FRIHETSBERØVELSE AV MINDREÅRIGE UTLENDINGER I FØLGE MED FAMILIE	35
6.1	Innledning	35
6.2	Forholdsmessighetsvurderingen	35
6.3	Når anses det som forholdsmessig å gripe inn i frihetsinteressen til en mindreårig utlending i følge med familie?	37
6.3.1	Nødvendighetskravet	37
6.3.2	Kravet til forholdsmessighet	41
6.3.3	Oppsummering	43
6.4	Hvor lenge kan en mindreårig utlending i følge med familie frihetsberøves?	44
6.4.1	Når må den mindreårige fremstilles for domstolen?	44
6.4.2	Fengslingstiden	44
7	FOREKOMMER DET DISKRIMINERING AV UTENLANDSKE BARN PÅ BAKGRUNN AV UTLENDINGSLOVENS REGLER OM FRIHETSBERØVELSE?	48
8	AVSLUTTENDE OPPSUMMERING	51
9	LITTERATURLISTE	52

1 Innledning

1.1 Frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie med henblikk på retur

Utlendingsretten er et rettsområde med kryssende hensyn, interesser og behov.¹ På den ene siden kan statene i henhold til suverenitetsprinsippet selv bestemme hvem som skal få lovlig opphold på deres territorium. Statene har et legitimt behov for å kontrollere sine grenser og bestemme hvem som skal få reise inn og ut av landet.² EMD har uttalt seg om prinsippet i *Saadi mot Italia*, hvor de sier at statene «as a matter of well-established international law, and subject to their treaty obligations ... [have] the right to control the entry, residence and removal of aliens.»³ På den andre siden må statene ved utøvelse av utlendingskontroll respektere humanitære hensyn tuftet på internasjonale menneskerettigheter.⁴ I dette spenningsfeltet oppstår det flere juridiske problemstillinger. Sentralt for denne oppgaven er statens adgang til å utøve utlendingskontroll holdt opp mot barnets frihetsinteresse.

Lovgiver har benyttet sin suverenitet og regulert utlendingers innreise til og opphold i Norge gjennom *utlendingsloven*.⁵ Utlendingsloven § 5 bestemmer at en hver som ikke er norsk statsborger er «utlending». Utlendingsloven kapittel 12 åpner for bruk av tvangsmidler mot utlendinger på visse vilkår. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum hjemler frihetsberøvelse av utlendinger dersom det foreligger «konkrete holdepunkter» for at «utlendingen» vil «unndra seg iverksettelse av et vedtak».⁶ Frihetsberøvelse vil si å frata noen deres grunnleggende rett til frihet. Både «pågripelse» og «fengsling» er frihetsberøvelser etter utlendingslovens regler, jfr utlendingsloven § 106. Formålet med frihetsberøvelsen i disse tilfellene er å sikre effektiv utlendingskontroll og sikre retur av utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket.⁷ I bestemmelsen står det ingenting om adgangen til å frihetsberøve barn. En slik adgang forutsettes imidlertid både i *utlendingsinternatforskriften* § 4 og en rekke forarbeider.⁸

¹ Øyen (2013) s. 23

² Øyen (2013) s. 24

³ *Saadi mot Italia* (2008) avsnitt 124

⁴ Goodwin-Gill m.fl (2011) s. 1

⁵ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. mai 2008 nr. 35

⁶ I oppgaven avgrenses det mot frihetsberøvelser etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b annet punktum og dermed mot regelverket og forpliktelser etter EØS-samarbeidet

⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343

⁸ Forskrift om politiets utlendingsinternat av 23. desember 2009 nr. 1890, Ot.prp.nr. 28 (2006-2007) s. 14, Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 345-346 og Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

Praksis i Norge i dag er da også at mindreårige utlendinger i følge med familie blir berøvet sin frihet med hjemmel i utlendingsloven for at utlendingsmyndighetene skal kunne få iverksatt vedtak som innebærer uttransportering.⁹ Med «mindreårig» sikter jeg til et hvert barn mellom 0 og 18 år, jfr *Barnekonvensjonen* (BK) artikkel 1.¹⁰ Både ved pågrepelse og fengsling blir mindreårige utlendinger plassert på Trandum utlendingsinternat. Politiets utlendingsinternat hører ikke under kriminalomsorgen, men er en del av transittavdelingen i *politiets utlendingsenhet* (PU). Driften av utlendingsinternatet reguleres i Utlendingsinternatforskriften. Uavhengig av om man kaller oppholdsstedet ved frihetsberøvelser etter utlendingsloven internat eller fengsel, er det klart at et opphold på Trandum innebærer sterke restriksjoner i den mindreåriges rett til personlige frihet.

Individets rett til frihet er nedfelt i *Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (EMK) artikkel 5 nr. 1 og *Den internasjonale konvensjonen om politiske og sivile rettigheter* (SP) artikkel 9 nr. 1.¹¹ SP og EMK gjelder en hver, og barn har også rettigheter på selvstendig grunnlag etter konvensjonene. Konvensjonene er gjort til norsk lov, jfr *menneskerettighetsloven* § 2.¹² Retten til personlig frihet kommer også indirekte til uttrykk i vår egen Grunnlov, jfr *Grunnloven* § 94 første ledd første punktum.¹³ Grunnlovsbestemmelsen ble revidert ved grunnlovsendring i 2014.¹⁴ Formålet med grunnlovsrevisjonen var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.¹⁵ Retten til å være fri, samt trygghet for at man ikke vil bli berøvet sin frihet vilkårlig, er en grunnleggende menneskerettighet.¹⁶ Vernet for vår fysiske frihet er et prinsipp som hører til i rettsstatens kjerne.¹⁷

I tillegg til at barn har en grunnleggende rett til personlig frihet, har statene en plikt til å la hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som omhandler barn, herunder ved spørsmål om frihetsberøvelse, jfr Grunnloven § 104 annet ledd og BK artikkel 3 nr. 1. Gjennom de generelle konvensjonene og spesialreglene i BK har barn et dobbelt menneskerettslig vern.¹⁸ Alle disse rettighetene får betydning ved spørsmål om statens adgang til å frihetsberøve mindreårige utlendinger i følge med familie i Norge.

⁹ Husabø m.fl (2012) s. 18

¹⁰ FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989

¹¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950, Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

¹² Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999

¹³ Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814

¹⁴ Lov av 14. mai 2014

¹⁵ Innst. 169 S (2012-2013) s. 1

¹⁶ Innst. 169 S (2012-2013) s. 11

¹⁷ Smith (2015) s. 414

¹⁸ Havre (2014) s. 361

Når det gjøres inngrep overfor borgerne i grunnleggende menneskerettigheter, herunder frihetsinteressen, er det flere grunnvilkår som må være oppfylt. For det første krever konvensjonene at inngrepet har et legitimt formål. Det er ikke gitt at alle typer samfunnshensyn vil godtas som legitime formål for inngrep i barns frihetsinteresse etter konvensjonsbestemmelsene. Hvorvidt utlendingskontroll er et legitimt formål for slik inngripen vil bli vurdert i kapittel 4.

For det andre krever konvensjonsbestemmelsene at inngrepet må være tuftet på et legalt hjemmelsgrunnlag. I norsk internrett tilsier legalitetsprinsippet at statlig inngrep i borgernes rettssfære, herunder inngrep i deres personlige frihet, må ha hjemmel i lov.¹⁹ Det generelle prinsippet fikk grunnlovs rang i 2014, jfr Grunnloven § 113. At frihetsberøvelse generelt og frihetsberøvelser av barn spesielt må hjemles i lov kommer også direkte til uttrykk Grunnloven § 94 første ledd første punktum, EMK artikkel 5 nr. 1, SP artikkel 9 nr. 1 og BK artikkel 37 bokstav b.

Tatt frihetsrettighetens karakter og barnets doble menneskerettslige vern i betraktning, befinner frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger seg i kjernen av lovkravet og legalitetsprinsippet. Dette innebærer at både de materielle vilkårene for å anvende frihetsberøvelse som tvangsmiddel, og de nærmere prosessuelle reglene og individets rettigheter må gå klart frem av loven.²⁰ Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum anvendes som hjemmel ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie med henblikk på retur. Jeg vil i kapittel 5 se på om bestemmelsen oppfyller de materielle kravene til lovgivningen som oppstilles etter nasjonal rett og internasjonale forpliktelser. Av plasshensyn vil jeg i oppgaven ikke drøfte hvorvidt de prosessuelle reglene for frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger er oppfylt.

For det tredje krever de nevnte konvensjonene at inngrepet i borgernes rettsstilling er forholdsmessig. Dette kravet oppstilles også etter nasjonal rett, jfr Grunnloven § 94 første ledd annet punktum og utlendingsloven § 99 første ledd. Forholdsmessighetsvurderingen ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger er temaet for kapittel 6.

På denne bakgrunn er problemstillingen *om de norske reglene som anvendes ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie, begrunnet i unndragelsesfare, er i samsvar med nasjonal rett og internasjonale forpliktelser.*

¹⁹ Smith (2015) s. 228

²⁰ Husabø m.fl (2012) s. 6

1.2 Bakgrunn for oppgavens tema

I en utredning på oppdrag fra Justisdepartementet så professor Erling Johannes Husabø og postdoktor Annika Suominen på forholdet mellom tvangsmidlene i *straffeprosessloven* og utlendingsloven.²¹ Forfatterne kom blant annet med anbefaling om ytterligere og mer presis lovregulering hva gjelder frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie etter utlendingslovens regler.²² En lovendring på dette punktet er ikke kommet i etterkant av utredningen og praksis i dag er tilsvarende som i 2012. I februar i år kom Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) med en rapport som blant annet omhandlet temaet.²³ Man kan i rapporten lese at det har vært en markant økning i antall frihetsberøvelser generelt, og frihetsberøvelser av barn spesielt, i Norge fra 2013 til 2014.²⁴

I 2013 og 2014 ble henholdsvis 229 og 330 utenlandske barn i Norge frihetsberøvet med hjemmel i utlendingsloven og plassert på Trandum utlendingsinternat. Dette er en økning på 44 prosent. Barn i kategorien asyl utgjorde 82 tilfeller i 2013 og 250 tilfeller i 2014.²⁵ Dette innebærer nesten en tredobling av frihetsberøvede asylbarn. Tallene viser at Norge hovedsakelig benyttet frihetsberøvelse som tvangsmiddel mot asylbarn i 2014. De øvrige mindreårige utlendingene som ble frihetsberøvet etter utlendingslovens regler faller inn under andre kategorier i loven. I oppgaven vil jeg av plasshensyn ikke skille mellom de ulike kategoriene av «mindreårige utlending» som kan frihetsberøves etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum.

I 2013 var barn frihetsberøvet ved 47 prosent av tvangsreturene, mens tallet økte til 63 prosent i 2014.²⁶ Det er i hovedsak snakk om barn i følge med familie som frihetsberøves og ikke enslige mindreårige utlendinger. PUs statistikkssystem skiller ikke mellom disse to gruppene.²⁷ Barn i følge med familie blir plassert på Trandum på en særskilt familieavdeling, jfr utlendingsinternatforskriften § 4.

PU har i e-post gitt innsyn i botid på Trandum for personer under 18 år i 2014.²⁸ Heller ikke denne statistikken skiller mellom barn i følge med familie og enslige mindreårige. PU opply-

²¹ Husabø m.fl (2012). Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25

²² Husabø m.fl (2012) s. 22-23 og 47

²³ NOAS rapport (2015)

²⁴ NOAS rapport (2015) s. 17-20

²⁵ NOAS rapport (2015) s. 18

²⁶ NOAS rapport (2015) s. 19

²⁷ NOAS rapport (2015) s. 18

²⁸ E-post fra PU til kandidaten av 19. februar 2015

ser imidlertid at «de aller fleste [tilfellene] gjelder følgelig barn i følge med foresatte.» Tallet fra PU viser at 230 barn satt på Trandum mellom 0 til 1 døgn, presumptivt uten fengslingskjennelse da barn skal fremstilles for retten senest dagen etter pågrepelse, jfr utlendingsloven § 106 fjerde ledd. Videre satt 90 barn på Trandum mellom 1 til 3 døgn, tre barn mellom 3 til 7 døgn, seks barn mellom 7 til 21 døgn og ett barn i over 21 døgn.

I rapporten fra NOAS konkluderes det med at dagens praksis, hvor mindreårige utlendinger frihetsberøves i følge med familie med hjemmel i utlendingsloven § 106, er i strid med Grunnlovens § 94 og legalitetsprinsippets krav til lovs form ved frihetsberøvelser, og Grunnloven § 104 om hensynet til barnets beste.²⁹ Videre konkluderes det i rapporten med at praksisen er i strid med internasjonale forpliktelser, herunder EMK artikkel 5 og SP artikkel 9 om individets rett til frihet, og BK artikkel 3 om hensynet til barnets beste ved frihetsberøvelse av barn etter BK artikkel 37.³⁰

1.3 Videre fremstilling

I oppgavens kapittel 2 vil jeg se på rettskildene av relevans for problemstillingen samt de metodiske spørsmålene som er sentrale ved anvendelse av disse. I kapittel 3 vil jeg redegjøre for de hensynene som må veies mot hverandre ved spørsmål om frihetsberøvelse av utenlandske barn. I kapittel 4 vil jeg vurdere hvorvidt frihetsberøvelse av barn med utlendingskontroll som begrunnelse er et legitimt formål før jeg i kapittel 5 ser på om utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum oppfyller lovkravet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger. I kapittel 6 vil jeg redegjøre for forholdsmessighetsvurderingen som må gjøres ved frihetsberøvelse av denne gruppen barn før jeg i kapittel 7 kort ser på om dagens praksis er diskriminerende. I kapittel 8 avslutter jeg med noen oppsummeringer.

²⁹ NOAS rapport (2015) s. 109

³⁰ NOAS rapport (2015) s. 109

2 Metodiske spørsmål

2.1 Innledning

I oppgaven vil jeg vurdere de norske reglene som anvendes som ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie begrunnet i unndragelsesfare opp mot nasjonal rett og internasjonale forpliktelser. Det er på denne bakgrunn nødvendig å se nærmere på rettskildene som er relevante for problemstillingen.

Bruk av disse rettskildene reiser en rekke metodiske spørsmål. Ved frihetsberøvelser etter utlendingsloven § 106 viser bestemmelsens tredje ledd til straffeprosessloven §§ 174 til 191. Lovgiver forutsetter en harmonisering mellom disse regelsettene, noe som byr på metodiske utfordringer. I tillegg skal utlendingslovens regler harmoniseres med Grunnloven og internasjonale forpliktelser. Det er på denne bakgrunn nyttig å redegjøre for de metodiske utgangspunktene i skjæringsfeltet mellom de ulike regelsettene.

2.2 Rettskildebilde

Kompetansen til å vedta lover som regulerer utlendingers adgang til og opphold i Norge ligger hos Stortinget, jfr Grunnloven § 49. Lovgiver har regulert utlendingsfeltet gjennom utlendingsloven. Formålet med loven er å regulere innreise til og opphold i Norge i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.³¹ Bruk av tvangsmidler mot utlendinger, herunder frihetsberøvelse, reguleres av loven. Lovtekstens ordlyd er utgangspunktet for anvendelse av loven.³² Da loven er forholdsvis ny betyr det at språkbruken og ordlyden i loven er i samsvar med nåtidens språknormer. Verdivurdering og hensyn som er tillagt vekt i loven er på denne bakgrunn også relevante ved tolkning av den i dag.³³ Det samme gjelder lovens forarbeider som utfyller lovens ordlyd i henhold til alminnelig rettskildelære.³⁴

Lovgiver har imidlertid på utlendingsrettens område delegert mye av lovgiverkompetansen til Departementet. Av utlendingsloven § 139 er Departementet gitt anledning til å regulere utlendingsfeltet gjennom forskrift. *Utlendingsforskriften* trådte i kraft samtidig som loven.³⁵ Utlendingsforskriften utfyller lovens bestemmelser og inneholder detaljerte regler om de enkelte

³¹ Øyen (2013) s. 31

³² Eckhoff (2000) s. 39

³³ Eckhoff (2000) s. 61

³⁴ Eckhoff (2000) s. 73

³⁵ Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286

bestemmelser.³⁶ Forskriften vil på samme måte som loven danne grunnlag for å gripe inn i utlendingers rettsstilling. Forskriften må tolkes på samme måte som loven i henhold til alminnelige rettskildeprinsipper.³⁷ I tillegg vil instruks, retningslinjer, rundskriv, forvaltningspraksis og juridisk teori supplere lovens ordlyd etter alminnelig rettskildelære.³⁸

Også straffeprosessloven vil få betydning for problemstillingen i denne oppgaven da det ved frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 106 står i bestemmelsens tredje ledd at straffeprosessloven §§ 174 til 191 skal anvendes «så langt de passer.» Forskrifter og forarbeider tilknyttet straffeprosessloven vil på denne bakgrunn også få betydning ved anvendelse av utlendingslovens regler.

Av betydning for oppgaven er som nevnt tidligere også menneskerettighetskonvensjonene EMK, SP og BK. EMK skal verne om menneskerettighetene i de europeiske statene som har ratifisert konvensjonen, mens SP og BK skal verne om menneskerettighetene globalt. Norge har ratifisert konvensjonene og gjort dem til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2. Menneskerettighetskonvensjonene setter på denne bakgrunn skranker for myndighetsutøvelse i utlendingssaker.

2.2.1 Særlig om betydningen av rettspraksis og internasjonale menneskerettsorganers praksis

En annen sentral kilde ved tolkning av loven er rettspraksis. Hvert år blir det i Norge avsagt en rekke avgjørelser som omhandler både utlendings- og barnerettslige spørsmål. Disse avgjørelsene vil ha betydning for hvordan man skal forstå og tolke bestemmelser og prinsipper i tilknytning til problemstillingen.

En annen viktig kilde for fremstillingen er praksis fra ulike menneskerettsorganer. EMK har en egen domstol, *Den europeiske menneskerettighetsdomstol* (EMD), som behandler spørsmål om konvensjonsbrudd. Domstolen behandler saker mellom statene som har ratifisert konvensjonen og borgerne i disse statene, og skal kontrollere at stater ikke krenker individenes rettigheter i henhold til konvensjonen. Domstolen treffer rettslig bindende avgjørelser i enkeltsaker.³⁹ Domstolen kommer med mange avgjørelser årlig som gir veiledning om hvordan inn-

³⁶ Øyen (2013) s. 31

³⁷ Eckhoff (2000) s. 39

³⁸ Se Eckhoff (2000)

³⁹ Øyen (2013) s. 35

holdet i konvensjonen skal forstås.⁴⁰ Jeg vil vise til avgjørelser fra EMD gjennom oppgaven for å belyse de rettslige spørsmålene problemstillingen reiser.

FN har mange overvåkningsorganer med både generell og spesiell kompetanse. Jeg vil i det følgende bare omtale de som får betydning for drøftelsene videre i oppgaven. *Menneskerettighetsrådet* er et FN-organ uten tilknytning til en spesifikk konvensjon. Rådet har som mandat å styrke bevisstgjøringen og beskyttelsen av menneskerettigheter verden over. De skal også sette fokus på aktuelle menneskerettighetsbrudd globalt og komme med anbefalinger om hvordan man kan unngå disse.⁴¹ Selv om anbefalingene til menneskerettighetsrådet ikke knytter seg til en spesifikk konvensjon, behandler de ulike menneskerettighetsspørsmål med grunnlag i FN-konvensjonene, og vil dermed få betydning for tolkning av konvensjonsbestemmelsene. Anbefalingene er imidlertid ikke direkte bindende for statene.

SP overvåkes internasjonalt av *Menneskerettighetskomitéen* som består av uavhengige eksperter som skal overvåke implementeringen av konvensjonsrettighetene i medlemsstatene. SP sin første tilleggsprotokoll omhandler individuell klagerett.⁴² Norge har ratifisert protokollen og gjort den til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2. På denne bakgrunn kan norske borgere klage inn konvensjonsbrudd til komitéen. Behandling av individklager fra Menneskerettighetskomitéen vil ha betydning for tolkning av innholdet i SP.

BK overvåkes internasjonalt av FNs ekspertkomité for barns rettigheter, *Barnekomitéen*, gjennom et periodisk rapporteringssystem for statene som har tilsluttet seg konvensjonen. Barnekomitéen kommer også årlig med generelle kommentarer om tolkning av enkelte artikler og særlig aktuelle spørsmål.⁴³ Av særlig relevans for denne oppgaven er kommentaren knyttet til BK artikkel 3 nr. 1 om hensynet til «barnets beste».⁴⁴ Anbefalingene er ikke juridisk bindende, og dersom anbefalingene ikke blir fulgt, fører ikke dette til sanksjonering mot statene. De generelle kommentarene er imidlertid en viktig kilde for den dynamiske tolkingen av BK.⁴⁵ Dette er blant annet slått fast i praksis fra Høyesterett i tilknytning til forståelse av innholdet i prinsippet om barnets beste.⁴⁶ Barnekomitéen holder også annen hvert år en «Day of general discussions». På dette møtet treffes ulike aktører for å diskutere barns rettigheter knyttet til bestemte artikler eller aktuelle tema. Ved avholdelse av møtet i 2012 var

⁴⁰ Øyen (2013) s. 40

⁴¹ www.ohchr.org

⁴² www.ohchr.org

⁴³ Høstmølingen m.fl (2012) s. 25

⁴⁴ Generell kommentar nr. 14 (2013)

⁴⁵ Høstmølingen m.fl (2012) s. 25

⁴⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64

mindreårige immigranternes rettsstilling tema, og det ble etter møtet skrevet en rapport.⁴⁷ Uttalelser i rapporten vil ha betydning for statenes oppfyllelse av konvensjonsbestemmelsene, men er ikke juridisk bindende.

19. desember 2011 ble det vedtatt en tredje tilleggsprotokoll til BK som omhandler individuell klagerett etter konvensjonen. I april 2014 trådte tilleggsprotokollen i kraft etter at Costa Rica som tiende land ratifiserte protokollen.⁴⁸ Norge har ikke skrevet under tilleggsprotokollen og barn i Norge har dermed ikke klagerett etter konvensjonen. Avgjørelser fattet med grunnlag i tilleggsprotokollen vil allikevel etter all sannsynlighet få betydning for hvordan Norge forstår og tolker konvensjonsbestemmelsene da vi er bundet av innholdet i BK.

2.3 Harmonisering mellom de ulike rettskildene

2.3.1 Harmonisering mellom utlendingsloven og straffeprosessloven

Lovgiver har valgt å anvende en henvisningsbestemmelse for å gi noen av straffeprosesslovens regler anvendelse i utlendingssaker, jfr utlendingsloven § 106 tredje ledd. Bestemmelsen forutsetter en harmonisering mellom de ulike regelsettene. Utlendingslovens regler er imidlertid *lex-specialis* i forhold til straffeprosessloven. Ved anvendelse av straffeprosesslovens regler i utlendingssaker må hensyn og formål knyttet til utlendingsloven tillegges særlig vekt og ved motstrid har reglene i utlendingsloven i utgangspunktet forrang for reglene i straffeprosessloven. En del av reglene i straffeprosessloven er imidlertid av nyere dato enn reglene i utlendingsloven og dette kan få innvirkning på harmoniseringen mellom de to regelsettene.

2.3.2 Harmonisering mellom utlendingsloven og Grunnloven

Grunnloven er *lex-superior* i forhold til utlendingsloven. Dette vil si at Grunnloven fungerer som en skranke for offentliges myndighetsutøvelse i utlendingssaker. Det må ikke treffes avgjørelser som strider i mot prinsippet om at frihetsberøvelse må ha hjemmel i lov eller fattes avgjørelser uten at det tas hensyn til barnets beste, jfr henholdsvis Grunnloven §§ 94 og 104. Ved tolkning av de aktuelle bestemmelsene er utgangspunktet at man prøver å harmonisere de to regelsettene. Dersom det ikke går må man tolke de to regelsettene for seg og gi Grunnloven forrang for utlendingslovens regler.

⁴⁷ Rapport fra Barnekomitéen (2012)

⁴⁸ www.ohchr.org

2.3.3 Tolkning av konvensjoner

For å kunne vurdere hvorvidt en lovhjemmel og myndighetenes praksis strider mot folkeretten må vi tolke konvensjonene. Tolkning må skje i henhold til de allmenne tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen.⁴⁹ Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men bestemmelsene gir uttrykk for internasjonal sedvanerett og benyttes i norsk rett.⁵⁰

Utgangspunktet for tolkningen er den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, jfr artikkel 31 nr. 1. Mange av rettighetene i menneskerettighetskonvensjonene er imidlertid vagt utformet og det kan være vanskelig for alle parter å enes om en naturlig språklig forståelse.⁵¹ Konvensjonen må derfor leses som en helhet, i sammenheng med de andre bestemmelsene i konvensjonen. Videre må ordlyden tolkes i lys av konvensjonens formål.

2.3.4 Harmonisering mellom rettskildene

Norsk rett bygger i utgangspunktet på et dualistisk prinsipp som går ut på at norsk rett og internasjonal rett er to separate systemer.⁵² Dette innebærer at folkeretten ikke automatisk blir en del av norsk rett, men må innføres særskilt. Dette kan skje ved at en norsk lov henviser til en internasjonal konvensjon gjennom inkorporasjon eller ved at loven gjengir innholdet i konvensjonen gjennom transformasjon.

Ved motstrid mellom internasjonale regler og norsk rett er utgangspunktet at den norske regelen går foran. Utgangspunktet modifiseres imidlertid i stor grad av presumsjonsprinsippet som innebærer at norsk rett skal tolkes i samsvar med folkeretten så langt det passer.⁵³

Utlendingsloven § 3 har en egen lovfestet fremgangsmåte ved motstrid mellom lovens bestemmelser og folkeretten. I bestemmelsen uttrykkes det at de folkerettslige forpliktelsene Norge er bundet av har gjennomslagskraft overfor norsk rett når de har til formål å styrke individets stilling. Dette betyr at utlendingsloven må tolkes i samsvar med menneskerettighetene og at man ved tolkning skal velge det tolkningsalternativ som gjør at man unngår folkerettsbrudd.⁵⁴ Dersom harmonisering ikke er mulig går internasjonale forpliktelser foran utlendingslovens bestemmelser. Formålet med utlendingsloven § 3 er å styrke utlendingers stilling

⁴⁹ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

⁵⁰ Rt. 2012 s. 494 avsnitt 33

⁵¹ Øyen (2013) s. 38

⁵² Øyen (2013) s. 32

⁵³ Rt. 2007 s. 234 avsnitt 54

⁵⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401

i norsk rett og etterlevelse av menneskerettighetene.⁵⁵ Dette kommer også til uttrykk i Grunnloven § 110c som fastslår at myndighetene skal respektere og sikre menneskerettighetene.

Norge har ratifisert EMK, SP og BK, og gjort konvensjonene til norsk lov gjennom menneskerettighetsloven § 2. Dette innebærer at innholdet er det samme og skal avgjøres på samme måte i nasjonal og internasjonal rett. Harmonisering mellom reglene er utgangspunkt, men konvensjonsbestemmelsene går ved motstrid foran norsk lovgivning, jfr menneskerettighetsloven § 3. Bak denne bestemmelsen ligger det en klar lovgivervilje om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.⁵⁶ Realiseringen av de internasjonale menneskerettighetene skjer i all hovedsak på nasjonalt plan, og dette gjelder også på utlendingsrettens område.⁵⁷

Både utlendingsloven og menneskerettighetsloven har en bestemmelse som gir de nevnte konvensjonene forrang ved motstrid. Utgangspunktet må imidlertid være at man prøver å harmonisere mellom de ulike reglene ved at utlendingslovens regler tolkes i samsvar med innholdet i konvensjonene. Dersom slik harmonisering ikke fører frem kan man tolke de to regelsettene for seg, og ved konflikt harmonisere på regelnivå etter forrangsprinsippet i utlendingsloven § 3 eller menneskerettslovens § 3. Ved harmonisering må alle relevante tolkningsfaktorer nevnt i dette kapittelet vurderes. Jeg vil så langt det er mulig fortolke utlendingslovens regler i lys av menneskerettskonvensjonene, og praksis fra menneskerettighetsorganene. Der det ikke er mulig vil det konstateres en regelmotstrid.

Høyesterett har i flere saker uttalt seg om tolkningsprinsippene ved saker som behandler menneskerettighetsspørsmål. Høyesterett viser i dom inntatt i Rt. 2008 s. 1409 til Rt. 2005 s. 833 hvor det uttales:

«Norske domstoler skal ved anvendelse av regelverket i EMK «foreta en selvstendig vurdering av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er i likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveieningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»»

Høyesterett sier altså at menneskerettighetene er en rettskilde i norsk rett, som i tillegg til de tradisjonelle kildene må vektlegges i en avgjørelse ved de nasjonale domstolene. Det er altså

⁵⁵ Øyen (2013) s. 33

⁵⁶ Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 74

⁵⁷ Høstmælingen (2010) s. 105

snakk om en harmoniseringsprosess. Selv om EMD sine avgjørelser, praksis og uttalelser fra menneskerettsorganer legger føringer for hvordan saker skal avgjøres i Norge, har norske domstoler en skjønnsmargin hvor norske verdier og nasjonal lovgivning er av betydning.

2.4 Legalitetsprinsippet som tolkningsprinsipp

Som statsrettslig prinsipp uttaler legalitetsprinsippet at inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Utgangspunktet er at lovhjemmel kreves uavhengig av om inngrepet er stort eller lite.⁵⁸ Forvaltningens og domstolens tolkningsfrihet ved anvendelse av lovverket innskrenkes imidlertid gradvis med inngrepets styrke.⁵⁹ Jo mer inngripende tiltak det er snakk om overfor borgerne, jo strengere må myndighetene forholde seg til lovens ordlyd. Å anvende utvidende eller analogisk tolkning er betenkelig jo mer tyngende inngrep det dreier seg om, og betenkelighetene er større jo fjernere det faktum det er spørsmål om å anvende loven på, ligger fra dens ordlyd.⁶⁰ På denne bakgrunn kan man se på legalitetsprinsippet som et tolkningsprinsipp som innskrenker kompetansen til forvaltningen, herunder utlendingsmyndighetene og domstolen.⁶¹

I de tilfeller hvor det er snakk om inngrep i personers handlefrihet som er en grunnleggende menneskerettighet, for eksempel ved illeggelse av fengselsstraff, medisinske tvangsvedtak eller ved administrativ frihetsberøvelse, må man generelt si at legalitetsprinsippet må tolkes strengt fordi hensynet til borgerne er særlig tyngende.⁶² Da vi befinner oss i rettsstatens kjerne må vi være særdeles forsiktig med å anvende utvidende tolkning og analogi, og forvaltningens og domstolens tolkningsfrihet er derfor sterkt innskrenket på dette området.

Ved frihetsberøvelser av barn øker inngrepsintensiteten som følge av barns sårbarhet og det doble menneskerettslige vernet barn nyter. Dette innebærer at legalitetsprinsippet må tolkes enda strengere når frihetsberøvelsen omhandler barn. Hensynet til barnets beste skal vurderes i alle saker som omhandler barn, jfr Grunnloven § 104 og BK artikkel 3 nr. 1. Barnekomitéen har uttalt at barnets beste er et tolkningsprinsipp og at hvor det ved tolkning av en bestemmelse åpnes for mer enn et tolkningsalternativ, skal den tolkningen som mest effektivt tjener barnets beste velges.⁶³

⁵⁸ Smith (2015) s. 236

⁵⁹ Aall (2011) s. 106

⁶⁰ Eckhoff (2000) s. 127

⁶¹ Øyen (2013) s. 25

⁶² Graver (2015) s. 86

⁶³ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 6

3 Statens adgang til å utøve utlendingskontroll hold opp mot barnets frihetsinteresse

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg se nærmere på hvilke hensyn som må veies mot hverandre ved spørsmål om frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie. Disse hensynene må vi ta med som grunnlag for oppgavens videre fremstilling.

3.2 Myndighetenes behov for utlendingskontroll

Dersom en utlending har fått pålegg om å forlate riket, men ikke bidrar til å forlate landet frivillig, kan politiet anvende tvangsmidlene i utlendingsloven kapittel 12, herunder frihetsberøvelse.⁶⁴ Frihetsberøvelse av utlendinger kan finne sted dersom det foreligger «konkrete holdpunkter» for at «utlendingen» vil «unndra seg iverksettelse av vedtaket», jfr utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum.

Tvangsmidler er et samlebegrep for virkemidler hvor tvang kan brukes om nødvendig og er et middel for å oppfylle et samfunnsmessig større gode.⁶⁵ Formålet med bruk av tvangsmidler etter utlendingslovens regler er som uttalt i forarbeidene blant annet å sikre iverksettelse av vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket.⁶⁶ Tvangsmidlene skal med andre ord sikre effektiv utlendingskontroll.⁶⁷ Tvangsmidlene i utlendingsloven er forvaltningsprosessuelle tvangsmidler, og frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum er en administrativ frihetsberøvelse.⁶⁸ Adgangen til å bruke tvangsmidler mot utlendinger ble endret og utvidet ved lovendring i 2012.⁶⁹ I henhold til forarbeidene var begrunnelsen for endringen at arbeidet med å gjennomføre en effektiv returpolitikk er et av utlendingsfeltets største utfordringer.⁷⁰

Hvor inngripende et tvangsmiddel anses å være kommer blant annet an på tvangsmiddelets karakter. En frihetsberøvelse vil normalt oppleves som et stort inngrep da tvangsmiddelet er et

⁶⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343

⁶⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343

⁶⁶ Vevstad (2010) s. 539

⁶⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 343

⁶⁸ NOU 2004:20 s. 339

⁶⁹ Lov av 6. januar 2012 nr. 2

⁷⁰ Prop. 138 L (2010-2011) s. 25

inngrep i en persons grunnleggende rett til frihet. De lovfestede reglene om tvangsmidler skal dermed, i tillegg til å sikre effektiv utlendingskontroll, ivareta utlendingens rettssikkerhet.⁷¹

3.3 Hensynet til barnet

I Grunnloven § 94 første ledd første punktum står det at ingen kan berøves sin frihet utenom i lovbestemte tilfeller. Dette er et uttrykk for retten til personlig frihet, og at unntak fra denne rettigheten ved offentlig myndighetsutøvelse krever hjemmel i lov. I EMK artikkel 5 nr. 1, og SP artikkel 9 nr. 1, står det videre at «Everyone has the right to liberty and security of person.» Etter bestemmelsene har et hvert individ, herunder barn, en grunnleggende rett til personlig frihet. Dette er det klare utgangspunktet, og inngrep i rettigheten må særskilt begrunnes.

Ved inngrep i barns frihetsinteresse må statene ta hensyn til barnets beste. Hensynet springer ut av BK artikkel 3 nr. 1 og i bestemmelsen står det at:

«In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.»

Hensynet til barnets beste, og barnets rett til å bli hørt, ble tilføyd ved grunnlovsreform i mai 2014 i Grunnlovens § 104 første og annet ledd.⁷² Grunnlovfestingen var begrunnet i et ønske om å styrke en sårbar gruppes rettsstilling, blant annet fordi Norge ikke har ønsket å ratifisere tilleggsprotokollen om individklagerett etter BK.⁷³ I grunnlovsbestemmelsen står det at:

«Barn har krav på respekt for sitt menneskeverd. De har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling.

Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

Både i BK artikkel 3 nr. 1 og Grunnloven § 104 annet ledd står det at «barnets beste» skal være et grunnleggende hensyn. Hensynet til barnets beste angir ikke en konkret rettighet med et bestemt innhold. Innholdet i hensynet til barnets beste endrer seg i takt med samfunnsutviklingen for øvrig. Et grunnleggende element i prinsippet er respekt for barnets fulle menneske-

⁷¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 345

⁷² Lov av 14. mai 2014

⁷³ Innst. 186 S (2013-2014) s. 29

verd og integritet.⁷⁴ Dette er også direkte uttalt i Grunnloven § 104 første ledd første punktum. Barn nyter et dobbelt menneskerettslig vern i kraft av de generelle konvensjonenes vern om den personlige friheten og BKs vern om barnets beste.⁷⁵

I forarbeidene går det frem at man valgte å utforme § 104 andre ledd etter mønster av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 for å kunne trekke veksler på internasjonal tolkningspraksis.⁷⁶ Barnekomitéen har uttalt seg om hensynet til barnets beste og understreket at prinsippet er en selvstendig rettighet og « ... skaper en iboende forpliktelse for statene, er direkte anvendelig (selvutførende) og kan påberopes for en domstol.»⁷⁷ Barnekomitéen sier videre at barnets beste er en prosedyrebestemmelse i den forstand at i alle avgjørelser som omhandler barn skal det fremkomme at barnets interesser er identifisert og hvordan de er veiet mot andre hensyn.⁷⁸ Derneft uttales det av komitéen, som vi så i kapittel 2.5, at barnets beste er et tolkningsprinsipp og at hvor det ved tolkning av en bestemmelse åpnes for mer enn et tolkningsalternativ, skal den tolkningen som mest effektivt tjener barnets beste velges.⁷⁹ Høyesterett tilslutter seg uttalelsene fra Barnekomitéen og uttaler at disse prinsippene må gjelde ved norsk lovanvendelse og er et naturlig utgangspunkt ved tolkning av den norske grunnlovsbestemmelsen og BK artikkel 3 nr.1.⁸⁰ Høyesterett har imidlertid også uttalt at:

« ... fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene [har ikke] samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkning som ved tolkning av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser.»⁸¹

I sin kjerne innebærer prinsippet om at barnets beste skal være et «grunnleggende hensyn», at det i alle avgjørelser som treffes av offentlige myndigheter eller private skal tas hensyn til barnets beste.⁸² Ordlyden «skal være» legger en sterk juridisk forpliktelse på statene og betyr at de ikke kan utvise skjønn med hensyn til om prinsippet skal vurderes.⁸³ Dersom BK artikkel 3 nr. 1 skal oppfylles etter sitt innhold og være et grunnleggende hensyn, må dette som et

⁷⁴ Høstmølingen m.fl (2012) s. 52

⁷⁵ Havre (2014) s. 361

⁷⁶ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

⁷⁷ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 6

⁷⁸ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 6

⁷⁹ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 6

⁸⁰ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64 og 65

⁸¹ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 64 og 65 jfr avsnitt 57

⁸² Dok. 16 (2011-2012) s. 192

⁸³ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 36

minimum bety at det må foreligge en særskilt interesseovervekt i favør av samfunnets behov dersom man skal kunne gripe inn i frihetsinteressen. De samfunnsmessige behovene må altså være ekstraordinære, ikke hensynet til barnet.⁸⁴ Barnekomitéen har uttalt seg om betydningen av at barnets beste er et grunnleggende hensyn i tilfeller der det ikke er mulig å harmonisere ulike interesser:

«Hvis harmonisering ikke er mulig, må myndigheter og beslutningstakere analysere og veie rettighetene til alle de berørte, med tanke på at barnets rett til å få sitt beste vurdert som et grunnleggende hensyn innebærer at barnets interesser skal ha høy prioritet, og ikke bare være ett av flere hensyn. Derfor må større vekt festes til det som tjener barnet best.»⁸⁵

Praksis i Norge i dag er at mindreårige utlendinger i følge med familie frihetsberøves med hjemmel i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum. Forarbeidene og rettspraksis uttaler at det er til «barnets beste» å frihetsberøves sammen med sine foreldre i disse tilfellene.⁸⁶ Formålet med frihetsberøvelsen er å sikre uttransportering. Som vi har sett innebærer en vurdering av om man skal gripe inn i retten til personlig frihet at man må veie alle de relevante hensynene i saken mot hverandre. Dette kommer også til uttrykk i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum hvor det står at man «kan» anvende frihetsberøvelse som tvangsmiddel. Bestemmelsen er altså ikke en pliktbestemmelse, og det skal vurderes konkret i hver enkelt sak hvorvidt man skal anvende frihetsberøvelse som tvangsmiddel. Menneskerettighetsrådet, ved FNs spesialrapportør mot tortur, kom i 2015 med en rapport som blant annet omhandler administrativ frihetsberøvelse begrunnet i utlendingskontroll. I rapporten uttales det at «... Even very short periods of detention can undermine a child's psychological and physical well-being and compromise cognitive development.»⁸⁷

Utlendingsloven § 99 legger føringer for “kan”-vurderingen, og all bruk av tvangsmidler må vurderes opp mot forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at bruk av frihetsberøvelse som tvangsmidler bare skal anvendes dersom det er nødvendig og ikke uforholdsmessig.

Barn anses også som selvstendige rettssubjekter med individuelle rettigheter.⁸⁸ Dette betyr at rettighetene i konvensjonene får direkte anvendelse og kan påberopes av et hvert barn. Ved lovgivning og lovanvendelse som omhandler frihetsberøvelse av barn må hensynet til barnets

⁸⁴ Øyen (2013) s. 392

⁸⁵ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 39

⁸⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 346

⁸⁷ FN-rapport (2015) avsnitt 16

⁸⁸ Sjøvig (2009) s. 49

beste derfor alltid vurderes. Det skal da foretas en barnesensitiv vurdering. Et hvert barn som er berøvet sin frihet har også, som selvstendig rettssubjekt, rett til å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelsen, jfr BK artikkel 37 bokstav d. Det skal videre tas utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger.⁸⁹

Barnets beste må videre ses i sammenheng med barnets rett til å bli hørt, jfr Grunnloven § 94 første ledd annet punktum og BK artikkel 12. Barnet har en rett til å komme til orde, og en rett til å bli lyttet til.⁹⁰ Barnets medvirkning har betydning for å kunne avgjøre hva som er til barnets beste. I henhold til prinsippet om «barnets gradvise utvikling» får barnet stadig større innflytelse over sitt liv inntil det oppnår myndighetsalder.⁹¹

Både Grunnloven og folkeretten uttaler at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle saker som omhandler barn. Dette er en rettighet for barnet og en plikt for staten. Dette betyr at i en hver sak hvor et barn er involvert, skal det foretas en vurdering av hva som er til barnets beste. Denne vurderingen må være reell, og se på det enkelte barns situasjon og behov. Rettigheten er imidlertid ikke absolutt. Dette ligger i ordlyden «a primary» og «et grunnleggende», og barnets beste kan settes til side dersom samfunnshensynene er mer vektige enn hensynet til barnets beste. Vurderingen skal imidlertid alltid foretas og dette gjelder også ved frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger i følge med familie etter utlendingslovens regler.

⁸⁹ Høstmælingen m.fl (2012) s. 53 som viser til Barneombudsmannen (2001) s. 65

⁹⁰ Høstmælingen m.fl (2012) s. 91

⁹¹ Høstmælingen m.fl (2012) s. 19

4 Er frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie et legitimt formål for å ivareta utlendingskontroll?

Grunnloven § 94 første ledd første punktum hjemler en adgang til å frata borgere den grunnleggende retten til frihet. Grunnlovsbestemmelsen sier imidlertid ikke noe om i hvilke tilfeller frihetsberøvelse etter loven anses som legitimt. Lovgiver har bevisst valgt ikke å liste opp i hvilke tilfeller frihetsberøvelse kan skje i frykt for at en slik lovfesting kan få uforutsette konsekvenser.⁹² Det er på det rene at administrative frihetsberøvelser faller inn under lovens virkeområde. Bestemmelsen sier ingenting om noen nedre aldersgrense for frihetsberøvelser.

Lovgiver anser utlendingskontroll som et legitimt formål da det er lovfestet en adgang til å frihetsberøve utlendinger dersom det foreligger unndragelsesfare ved iverksettelse av et vedtak, jfr utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum. Bestemmelsen sier ingenting om frihetsberøvelse av barn. Som vi så i innledningen er frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie alminnelig praksis, og norske myndigheter legitimerer frihetsberøvelsene i behovet for utlendingskontroll og av hensyn til barnets beste.

I forarbeidene til den norske utlendingsloven blir det uttalt at det generelt ikke er ønskelig at barn skal frihetsberøves. Hvor det foreligger et iverksettelsesvedtak mot en utlending og utreisefristen ikke overholdes vil det i følge forarbeidene på et eller annet tidspunkt være nødvendig for politiet og kunne tvangseffektuere vedtaket. I den forbindelse vil det kunne være nødvendig å frihetsberøve utlendingen, og det anses å være til det beste for utlendingens barn å være sammen med foreldrene i denne prosessen.⁹³ Etter norsk utlendingspraksis mener man at der samfunnshensynene er tilstrekkelig tunge, kan de veie så tungt at det legitimerer en frihetsberøvelse av barn. Myndighetene legitimerer videre frihetsberøvelsene med å si at det er til barnets beste å være sammen med sine foreldre dersom de frihetsberøves.

I henhold til EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f kan en utlending frihetsberøves for å hindre ulovlig innreise eller sikre utreise. Statene har adgang til å foreta en

«... lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.»

⁹² Dok nr. 16 (2011-2012) s. 116

⁹³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 346

Grunnene i artikkel 5 nr. 1 er uttømmende og skal sikre at ingen blir utsatt for vilkårlig frihetsberøvelse. EMD har også uttalt at det må foretas en snever tolkning av unntakstilfellene for at de skal samsvare med konvensjonsbestemmelsens formål.⁹⁴ På samme måte som norsk lov åpner ordlyden i EMK artikkel 5 for frihetsberøvelse av barn. Etter praksis fra EMD er frihetsberøvelse av barn begrunnet i at utlendingskontroll er et legitimt formål som kan begrunne frihetsberøvelser.⁹⁵ Virkeområdet og formålet etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f samsvarer i så måte med norsk lov og praksis.

Selv om praksis fra EMD anser frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger i følge med familie som legitimt har domstolen imidlertid uttalt at selv et kort opphold på utlendingsinternat kan være i strid med hensynet til barnets beste, og vernet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling. Hensynet til barnets beste og barnets sårbarhet vil kunne veie tyngre enn hensynet til statens behov for effektiv utlendingskontroll.⁹⁶ Dette viser at de motstridende hensynene må veies mot hverandre og vurderes konkret i den enkelte sak.

Også SP artikkel 9 hjemler en adgang for å gripe inn i retten til personlig frihet. I bestemmelsen står det at:

«Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.»

I motsetning til EMK artikkel 5 står det ikke noe i SP artikkel 9 om hvilke legitime hensyn som kan begrunne en frihetsberøvelse. SP sier heller ingenting om frihetsberøvelse av barn. Konvensjonsbestemmelsen overlater det til lovgiver i det enkelte land å vurdere når frihetsberøvelse skal kunne skje.⁹⁷

Heller ikke BK artikkel 37 bokstav b sier noe om hvilke grunner som anses som legitime for å begrunne frihetsberøvelse av et barn. I konvensjonsbestemmelsen står det at:

«No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time.»

⁹⁴ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia (2006) avsnitt 96

⁹⁵ Se bla Papov mot Frankrike (2012) avsnitt 116

⁹⁶ Papov mot Frankrike (2012) avsnitt 91

⁹⁷ Dok nr. 16 (2011-2012) s. 114

Da det i SP og BK ikke står noe om de legitime formålene som kan begrunne unntak fra frihetsinteressen må det avgjøres i den konkrete sak hvorvidt samfunnshensynene som påberopes er av en slik art at de kan tilsidesette barnets rett til frihet og hensynet til barnets beste.⁹⁸ Vi kan ikke trekke direkte paralleller fra nasjonal lovgivning og EMK, og tilhørende rettspraksis, som har vurdert det dit hen at inngrep i barns frihetsinteresse er legitimt for å ivareta statens behov for utlendingskontroll. Praksis i mange andre europeiske land, også våre naboland, er at utenlandske barn i følge med familie frihetsberøves med tvangsretur som formål.⁹⁹ Ikke alle typer samfunnshensyn vil kunne legitimere frihetsberøvelse av et barn. Vi må igjen huske at frihetsberøvelse er et unntak fra retten til personlig frihet og at barnet nyter et dobbelt menneskerettslig vern.

Som nevnt over uttales det i FN-rapporten fra 2015 at «... Even very short periods of detention can undermine a child's psychological and physical well-being and compromise cognitive development».¹⁰⁰ I rapportens konklusjon blir videre administrativ frihetsberøvelse begrunnet i utlendingskontroll kommentert.¹⁰¹ Her blir det uttalt at frihetsberøvelse av barn med grunnlag i deres egen eller foreldrenes utlendingsstatus aldri er til barnets beste, aldri er nødvendig eller forholdsmessig, og kan utgjøre grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling av utenlandske barn.¹⁰²

Spesialrapportøren understreker videre at forskjellen bak hensynene og anvendelsesområde for bruk av frihetsberøvelser på strafferettens og utlendingsrettens område tilsier at spørsmål om innreise til eller opphold i landet etter utlendingslovens regler, ikke kan få samme eller tilsvarende konsekvens som ved en begått kriminell handling.¹⁰³ Spesialrapportøren uttaler også at behovet for å holde foreldre og barn sammen ikke er en legitim begrunnelse for å benytte frihetsberøvelse mot den mindreårige utlendingen.¹⁰⁴ Dette står i motsetning til hva som blir uttalt i de norske forarbeidene som sier at det er til barnets beste å bli berøvet sin frihet sammen med sine foreldre i påvente av uttransportering.¹⁰⁵ På denne bakgrunn anbefaler rapporten at praksis med frihetsberøvelse av barn i utlendingssaker opphører og at det skal klargjøres i lovverk og praksis at hensynet til barnets beste veier tyngre enn statens behov for effektiv utlendingskontroll.¹⁰⁶ Rapportørens anbefaling lyder som følger:

⁹⁸ Havre (2014) s. 363

⁹⁹ Husabø m.fl (2012) s. 20-22

¹⁰⁰ FN-rapport (2015) avsnitt 16

¹⁰¹ FN-rapport (2015) s. 17-18

¹⁰² FN-rapport (2015) avsnitt 80

¹⁰³ FN-rapport (2015) avsnitt 80

¹⁰⁴ FN-rapport (2015) avsnitt 30

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 346

¹⁰⁶ FN-rapport (2015) avsnitt 80

« [...]

(m) To ensure that immigration detention is never used as a penalty or punishment of migrant children, including for irregular entry or presence, and to provide alternative measures to detention that promote the care and well-being of the child;

(n) To prohibit the use of immigration detention as a method of control or deterrence for migrant children;»¹⁰⁷

Rapportøren går langt i å si at frihetsberøvelser av barn med utlendingskontroll som begrunnelse aldri er et legitimt formål da det aldri er til barnets beste. Det må tas i betraktning at rapporten er skrevet med utgangspunkt i forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, en rettighet som er absolutt.¹⁰⁸ Retten til personlig frihet er ikke absolutt og inngrep i rettigheten kan i henholdt til nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser i enkelte tilfeller legitimeres. Selv om det er helt uomtvistelig at intet barn skal utsettes for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling er det ikke like uomtvistelig at det aldri kan foreligge hensyn som er så vektige at de kan forårsake frihetsberøvelse av et utenlandsk barn i følge med familie.

Barnekomitéen har i Generell kommentar nr. 10 diskutert frihetsberøvelse av barn som har begått straffbare handlinger.¹⁰⁹ Komitéen anerkjenner dette som en legitim grunn for frihetsberøvelse så lenge det i vurderingen hensynstas barnets beste og er i samsvar med de øvrige vurderingstemaene i bestemmelsen. Barnekomitéen har også skrevet en rapport fra 2012 basert på diskusjoner fra «Day of general discussions» hvor mindreårige immigranternes rettigheter var tema. I rapporten uttaler komitéen at

«Children should not be criminalized or subject to punitive measures because of their or their parents' migration status. The detention of a child because of their or their parents' status constitutes a child rights violation and always contravenes the principle of the best interest of the child. In this light, States should expeditiously and completely cease the detention of children on the basis of their immigration status.»¹¹⁰

¹⁰⁷ FN-rapport (2015) s. 20

¹⁰⁸ Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgia (2006) avsnitt 48

¹⁰⁹ Generell kommentar nr. 10 (2007)

¹¹⁰ Rapport fra Barnekomitéen (2012) avsnitt 78

Også Barnekomitéen går langt i å si at frihetsberøvelse av barn med utlendingskontroll som formål ikke er legitimt og at medlemsstatene burde avvike en slik praksis. I følge rapporten vil det aldri være til barnets beste med et slikt inngrep i barnets frihetsinteresse.

Kildene er noe sprikende når det kommer til spørsmålet om frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie er legitimt for å kunne utøve utlendingskontroll. På den ene siden er det ikke etter ordlyden i verken nasjonal lovgivning eller internasjonale forpliktelser et forbud mot å frihetsberøve mindreårige utlendinger. Retten til frihet er ikke absolutt. Etter norsk praksis og praksis fra EMD kan videre frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger legitimeres med utlendingskontroll som begrunnelse dersom de samfunnsmessige hensynene er tilstrekkelig tungtveiende. Dette fordi statene har et behov for å utøve effektiv utlendingskontroll på sitt territorium. På den andre siden er det klart at frihetsberøvelser av barn kan få store negative konsekvenser for barnet. FN-rapportene fra Menneskerettighetsrådet og Barnekomitéen går på denne bakgrunn langt i å si at frihetsberøvelse av barn med bakgrunn i deres utlendingsstatus aldri er til barnets beste og at statene aldri burde frihetsberøve barn på dette grunnlaget.

Utlendingsfeltets utfordringer og kildebildet tatt i betraktning mener jeg at det under tvil må anses som et legitimt formål å frihetsberøve utenlandske barn for å effektivisere et iverksettelsesvedtak som innebærer uttransportering. At de samfunnsmessige behovene for å utøve utlendingskontroll i enkelte tilfeller vil være så tungtveiende at de trumfer hensynet til barnets frihetsinteresse og barnets beste, og dermed kan legitimere en frihetsberøvelse, mener jeg ikke kan utelukkes på så generelt grunnlag som gjort av FNs torturekspert og i rapporten fra Barnekomitéen. Det må imidlertid foreligge en særskilt interesseovervekt i favør av samfunnets behov dersom man skal kunne gripe inn i frihetsinteressen til barnet. Altså må de samfunnsmessige behovene være ekstraordinære, ikke hensynet til barnet.¹¹¹ For at en frihetsberøvelse av et barn skal være lovlig, må videre hjemmelen for frihetsberøvelsen oppfylle de materielle kravene lovkravet og legalitetsprinsippet stiller, og inngrepet må være forholdsmessig ut i fra det konkrete barnets situasjon.

¹¹¹ Øyen (2013) s. 392

5 Oppfyller utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum lovkravet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie?

5.1 Innledning

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum hjemler frihetsberøvelse av utlendinger begrunnet i unndragelsesfare ved iverksettelse av et vedtak. I bestemmelsen står det:

«En utlending kan pågripes og fengsles når det er konkrete holdepunkter for å anta at utlendingen vil unndra seg iverksettelse av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket.»

Etter Grunnloven § 94 første ledd første punktum, legalitetsprinsippet, EMK artikkel 5 nr. 1, SP artikkel 9 nr. 1 og BK artikkel 37 bokstav b må frihetsberøvelse av barn ha hjemmel i lov. Vi befinner oss i kjernen av lovkravet og legalitetsprinsippet ved frihetsberøvelser av barn. Utlendingslovens § 106 første ledd bokstav b første punktum nevner ikke eksplisitt frihetsberøvelse av barn begrunnet i unndragelsesfare som en del av hjemmelsgrunnlaget, og spørsmålet blir om bestemmelsen oppfyller de kravene lovkravet og legalitetsprinsippet oppstiller for slik inngripen. For å kunne vurdere dette ser jeg det som nødvendig og først si noe om hvilke krav som stilles til loven ved inngrep i barns frihetsinteresse.

5.2 Lovkravet og legalitetsprinsippet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger

Lovkravet og legalitetsprinsippet formelle side krever at inngrep i individers rettsstilling må ha hjemmel i lov. Grunnloven § 113 bestemmer at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Grunnloven § 94 sier videre at «Ingen må fengsles eller berøves friheten på annen måte uten i lovbestemte tilfeller og på den måte som lovene foreskriver.» Grunnlovsbestemmelsen krever at alle former for frihetsberøvelse er regulert i formell lov fastsatt av Stortinget etter reglene i Grunnloven.¹¹² Lovkravet og legalitetsprinsippet er et av de mest sentrale prinsippene som innskrenker kompetansen til forvaltningen, herunder utlendingsmyndighetene.¹¹³ Hvilken delegasjonskompetanse lovgiver har ved denne type inngrep er usikkert.

¹¹² Smith (2015) s. 369 og 414 og Graver (2015) s. 81

¹¹³ Øyen (2013) s. 25

Både EMK artikkel 5 nr. 1, SP artikkel 9 nr. 1 og BK artikkel 37 bokstav b oppstiller krav om at frihetsberøvelse av henholdsvis utlendinger, individer og barn må være «in accordance with a procedure prescribed by law», «in accordance with such procedure as are established by law» og «in conformity with the law». Det oppstilles ikke et formelt lovkrav direkte etter konvensjonsbestemmelsene slik det gjøres etter Grunnloven. Etter praksis fra EMD må myndighetene ha et slikt rettsgrunnlag som etter intern rett anerkjennes som grunnlag for offentlig myndighetsutøvelse.¹¹⁴ Dette betyr at etter norsk rett er hjemmel i formell lov nødvendig for å tilfredsstille konvensjonens krav til hjemmel for frihetsberøvelser, jfr Grunnloven § 94. Innholdet i lovkravet etter BK og SP er ikke i like stor grad klargjort i praksis som etter EMK. Det må imidlertid antas at hjemmelsgrunnlag som oppfyller lovkravet i EMK artikkel 5 nr. 1, Grunnloven § 94 og legalitetsprinsippet vil være tilfredsstillende etter BK og SP.¹¹⁵ Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum oppfyller således det formelle lovkravet.

Som vi har sett i kapittel 2.5 setter legalitetsprinsippet også grenser for forvaltningen og domstolens tolkningsadgang ved frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger. For å sikre rettsvernet fullt ut må det også settes innholdsmessige eller materielle skranker for statens handlinger.¹¹⁶ Det er ikke tilstrekkelig i seg selv at det foreligger en lovbestemmelse som regulerer spørsmålet.

Om legalitetsprinsippet etter Grunnloven § 113 har Høyesterett uttalt at «Lovkravet fremmer forutberegnelighet og legger til rette for at den enkelte kan treffe rasjonelle valg. Det motvirker vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, jf. også Grunnloven § 98 første ledd som slår fast at «[a]lle er like for loven». [...] Den utøvende makt kan ikke gå lenger i sin maktbruk overfor borgerne enn det fullmaktene fra lovgiver gir grunnlag for.»¹¹⁷

For å unngå vilkårlighet ved administrative frihetsberøvelser av utlendinger har EMD uttalt at det må være mulig å forstå og innrette seg etter loven. Lovkravet etter EMK er blant annet omtalt i saken *Amuur mot Frankrike* hvor det uttales at «Quality in this sense implies that where a national law authorises deprivation of liberty – especially in respect of a foreign asylum-seeker – it must be sufficiently accessible and precise, in order to avoid all risk of arbitrariness.»¹¹⁸

¹¹⁴ Graver (2015) s. 84

¹¹⁵ Husabø m.fl (2012) s. 14

¹¹⁶ Havre (2014) s. 10

¹¹⁷ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26

¹¹⁸ *Amuur mot Frankrike* (1996) avsnitt 50

Menneskerettighetsutvalget ble besluttet opprettet av Stortingets presidentskap den 18. juni 2009 for å utrede og fremme et forslag om revisjon av Grunnloven for å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Utvalget har uttalt at grunnlovfesting av et forbud mot vilkårlig frihetsberøvelse vil innebære «[...] et krav til myndighetenes anvendelse av rettsreglene og til innholdet i lovhjemlene.»¹¹⁹ Det er grunnlovsfestet et lovkrav ved frihetsberøvelser og gode grunner taler for at det etter denne uttalelsen er grunnlovfestet et krav til klarhet og presisjon i loven for alle frihetsberøvelser i samsvar med internasjonal rett, herunder frihetsberøvelser etter utlendingsloven.

Dette underbygges også av en uttalelse fra Metodeutvalget som hadde som mandat å evaluere lovgivning om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker. Metodeutvalget sa i sin innstilling «At inngrepet skal være forskrevet ved lov medfører et krav om at de nasjonale regler skal være forenlige med rettsstatsprinsippet («the rule of law»). Dette innebærer at rettsreglene skal være tilgjengelige og forutberegnelige. Rettsreglene må være formulert tilstrekkelig klart og presist til at borgerne har mulighet til å innrette seg.»¹²⁰

Klarhetskravet er et ideal for lovgiver som tilsier at lovgiver bør gjøre reglene så klare og lett tilgjengelige som overhode mulig.¹²¹ Dette for å sikre at myndighetenes inngripen i borgernes rett til frihet ikke innebærer vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling.

At det oppstilles et lovkrav og et krav til klarhet og forutberegnelighet, sier imidlertid ikke noe om det innholdsmessige kravet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger med utlendingskontroll som formål.¹²² Høyesterett har uttalt seg om hvilken vurdering som skal gjøres ved inngrep i borgernes rettssfære og hvilke krav som da stilles til lovhjemmelen: «... kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes».¹²³

Etter praksis fra EMD er vurderingen i stor grad tilsvarende og domstolen sier at kravene til tilgjengelighet og forutberegnelighet, og dermed kravet til presisjon, i betydelig grad avhenger av «the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.»¹²⁴

¹¹⁹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 116

¹²⁰ NOU 2009:15 s. 62

¹²¹ NOU 2009:15 s. 64-65

¹²² Graver (2015) s. 84

¹²³ Rt. 1995 s. 530 s. 537

¹²⁴ *Maestri mot Italia* (2004) avsnitt 30

Ved spørsmål om inngrep i frihetsinteressen befinner vi oss i kjernen av legalitetsprinsippet. I tillegg vil en frihetsberøvelse rettet mot et barn øke inngrepsintensiteten, jfr Grunnloven § 104 og BK artikkel 3 nr. 1. Dette tilsier at lovens innhold må være særlig klart og presist ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie for å kunne oppfylle legalitetsprinsippet og lovkravet.

Grunnloven § 94 første ledd annet punktum sier videre at en frihetsberøvelse må være «nødvendig» og «ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep». Kravet oppstilles også etter utlendingsloven § 99. Forholdsmessighetsvurderingen oppstiller en skranke for lovanvendelsen og må vurderes i tillegg til de materielle kravene i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum. Også etter EMK artikkel 5 oppstilles det i tillegg til lovkravet, et krav om at det skal foretas en interesseavveining mellom ulike hensyn ved inngrep i frihetsinteressen. Selv om dette ikke uttales eksplisitt, slik det gjøres etter EMK artikkel 8 – 11 (2), gjenfinnes de samme kravene i EMK artikkel 5.¹²⁵ Etter SP artikkel 9 og BK artikkel 37 skal det foretas tilsvarende vurderinger.

Disse materielle kravene som stilles til lovgivningen må vi ha med i vurderingen når vi skal se på hvorvidt de norske reglene ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie med henblikk på retur er i samsvar med norsk rett og internasjonale forpliktelser.

5.3 Forholdet til straffeprosessloven – generelle utgangspunkter

Reglene i utlendingsloven kapittel 12 har i liten grad egne prosessuelle reguleringer av tvangsbruk knyttet til mindreårige utlendinger. Utlendingsloven § 106 tredje ledd bestemmer imidlertid at straffeprosessloven §§ 174 til 191 gjelder «så langt de passer». Dette betyr at en del av de prosessuelle reglene for bruk av tvangsmidler i straffesaker også får anvendelse i forvaltningsrettslige saker etter utlendingsloven. Jeg vil ikke vurdere innholdet i de prosessuelle reglene i denne oppgaven. Det er imidlertid interessant å se på i hvilken grad reglene i straffeprosessloven kommer til anvendelse ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger som følge av henvisningsteknikken som er valgt. Dette får betydning for hvorvidt utlendingsloven oppfyller lovkravet. Jeg vil her se kort på noen generelle utgangspunkter mens de konkrete bestemmelsene i straffeprosessloven vil gjennomgå underveis der de hører hjemme.

Selv om både straffeprosessloven og utlendingsloven åpner for bruk av tvangsmidler er det i utgangspunktet flere aspekter som skiller regelsettene fra hverandre. Formålet med straffeprosesslovens regler om tvangsmidler er å etterforske og avklare straffbare forhold. Formålet

¹²⁵ Havre (2014) s. 10

med adgang til tvangsbruk etter utlendingsloven er at tvangsbruken skal være til hjelp ved avgjørelse eller iverksettelse av utlendingssaker. Det er således snakk om henholdsvis straffesaker og forvaltningssaker som ivaretar ulike hensyn.¹²⁶

Selv om formålet med frihetsberøvelse etter de to lovene er ulike, har prosedyre og begrepsbruk i mange tilfeller vist seg å være sammenfallende etter de to sakstypene. Det er for det første politiet som initierer til bruk av tvangsmidler og som gjennomfører bruken av dem både etter straffeprosessloven og utlendingsloven. I praksis registreres også fengslingssaker etter utlendingsloven i politiets strafferegister, og denne registreringen følger saken inn i domstolen.¹²⁷ Begrepsbruken i straffesaker smitter også i noen grad over på utlendingssaker. Det er nokså vanlig at utlendingens advokat blir kalt «forsvarer» og det skjer at utlendingen selv blir kalt for «siktet».¹²⁸ Videre råder det en viss usikkerhet rundt hvilken prosessform som skal velges i fengslingssaker etter utlendingsloven, hvor prosedyrespørsmål både behandles etter straffeprosessloven og *tvisteloven*.¹²⁹ En grunn til denne forvirringen er nok nettopp henvisningsteknikken valgt i utlendingsloven. Begrepsbruken og registreringen kan gi inntrykk av at utlendingen har begått en straffbar handling selv om det i realiteten er snakk om en ren utlendingssak.¹³⁰ Dette er problematisk i forhold til uskyldspresumpsjonen etter EMK artikkel 6 nr. 2.

5.4 Hva innebærer det å forlate riket?

Dersom utlendingen ikke har lovlig opphold i riket plikter vedkommende å forlate landet frivillig. Dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at utlendingen ikke vil forlate riket, kan han eller hun pågripes eller fengsles. Uttrykket «å forlate riket» er definert i utlendingsforskriften § 17-4a hvor det slås fast at utlendingen i henhold til utlendingsloven § 90 om iverksettelse av vedtak, i tillegg til å forlate Norge, plikter å forlate hele Schengenområdet. Høyesteretts ankeutvalg har slått fast at begrepet «forlate riket» skal forstås på samme måte etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum.¹³¹

¹²⁶ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 343

¹²⁷ Husabø m.fl (2012) s. 5

¹²⁸ Husabø m.fl (2012) s. 5

¹²⁹ Husabø m.fl (2012) s. 4. Lov om rettergangsmåter i sivile tvister av 17.06.2005 nr. 90

¹³⁰ Husabø m.fl (2012) s. 6

¹³¹ Rt. 2012 s. 1330 avsnitt 13

5.5 Bestemmelsens virkekrets

For å kunne legitimere en frihetsberøvelse etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum må vedkommende være «utlending». I henhold til utlendingsloven § 5 første ledd er enhver som ikke er norsk statsborger utlending. Det er videre på det rene at administrativ frihetsberøvelse av «utlendinger» omfattes av frihetsberøvelser etter Grunnloven § 94. I det følgende vil jeg se på om bestemmelsens virkekrets omfatter frihetsberøvelse av «mindreårige» utlendinger.

Grunnloven § 94 første ledd setter ingen begrensninger etter sin ordlyd hva gjelder alder på den som frihetsberøves. Administrativ frihetsberøvelse av utlendinger, herunder av barn, faller etter grunnlovsbestemmelsens ordlyd inn under dens virkeområde. Etter ordlyden i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum oppstilles det heller ingen nedre aldersgrense for hvem som kan frihetsberøves. Etter bestemmelsens ordlyd er det tilstrekkelig for å kunne legitimere en frihetsberøvelse at vedkommende er «utlending». Bestemmelsens virkekrets er dermed stor og omfatter etter sin vide ordlyd også barn. Dette er også den tolkningen retten legger til grunn: «Lagmannsretten legger til grunn at utlendingsloven § 106 gir hjemmel for pågrep og fengsling av både voksne og mindreårige. Selve lovteksten er generell og inneholder ikke noen begrensninger.»¹³²

Det har vært vanskelig å få tak i fengslingskjennelser vedrørende saker om frihetsberøvelse etter utlendingsloven. Få av kjennelsene er publiserte og omfanget er stort. Domstolene har heller ikke systemer som kan skille ut sakene som omhandler mindreårige. Uttalelsen over stammer fra en av kjennelsene i en fengslingssak jeg har fått tak i fra våren 2014. I saken ble et ektepar med en sønn på litt over et år frihetsberøvet i over to måneder på bakgrunn av flere fengslingskjennelser.¹³³ Disse kjennelsene vil bli benyttet som eksempler videre i oppgaven.

Den eneste regelen som knytter seg til frihetsberøvelse av barn i utlendingsloven § 106 finner vi i bestemmelsens fjerde ledd hvor fremstillingsfristen for pågrepne under 18 år reguleres. Bestemmelsens fjerde ledd legger til grunn at fengsling av mindreårige utlendinger etter bestemmelsens første ledd bokstav b første punktum er tillatt.

Også utlendingsinternatforskriften og forarbeidene legger til grunn at mindreårige utlendinger i følge med familie kan frihetsberøves etter bestemmelsen og dette gjøres i praksis.¹³⁴ I utlendingsinternatforskriften § 4 tredje ledd står det at «Familier som er frihetsberøvet i påvente av

¹³² 15-050071SAK-BORG/04 s. 3

¹³³ Første fengslingskjennelse av 19. mars 2014 14-049678ENE-OTIR/01

¹³⁴ Husabø m.fl (2012) s. 18

uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv.» I forarbeidene står det videre at praksis er at barn fengsles med bakgrunn i kjennelse mot foreldrene og at «... det har vært ansett å være «til barnets beste» å være sammen med sine foreldre, til tross for at oppholdet finner sted i utlendingsinternat.»¹³⁵ På denne bakgrunnen fengsles mindreårige utlendinger i følge med familie begrunnet i unndragelsesfare, og norske myndigheter mener derfor at dette hjemmelsgrunnlaget oppfyller lovkravet.

Med tanke på de materielle skrankene lovkravet og legalitetsprinsippet oppstiller ved inngrep i barns frihetsinteresse må det stilles spørsmål ved om praksis med frihetsberøvelse av «mindreårige» utlendinger på det overfor nevnte grunnlaget er tilstrekkelig hjemlet i lov. For det første står det ikke noe sted at en mindreårig utlending kan frihetsberøves i følge med sin familie. På andre områder hvor barn berøves sin frihet, for eksempel etter straffeprosessloven eller *barnevernloven*, har vi eksplisitte hjemler som sier at man kan gripe inn i barns frihetsinteresse.¹³⁶ For det andre står det ingenting i loven om hvilke individuelle rettigheter barn er sikret dersom de blir frihetsberøvet etter utlendingsloven, eller hvilke vurderinger som skal gjøres i slike situasjoner. Dette sett i sammenheng med den vide ordlyden er etter min mening problematisk hva gjelder den barnesensitive vurderingen som er påkrevd etter BK, og vernet mot inngrep i frihetsinteressen som barn nyter etter Grunnloven, EMK, SP og BK. Dette gjelder særlig da barn i alle aldre kan berøves sin frihet etter bestemmelsens ordlyd.

Heller ikke i utlendingsforskriften uttales det eksplisitt at barn kan frihetsberøves, det legges bare til grunn. Det må imidlertid presiseres at delegasjonskompetansen til lovgiver er begrenset når det gjelder inngrep som uttrykkelig krever hjemmel i lov, for eksempel ved illeggelse av straff, jfr Grunnloven § 96.¹³⁷ På strafferettens område er den klare hovedregelen at straffebudet i loven må dekke det aktuelle forhold, forskriftshjemmel eller annet kompetansegrunnlag er ikke tilstrekkelig hjemmel for å illegge straff. Også ved varetektsfengsling etter straffeprosessloven oppstilles det materielle grenser i loven for hvem som kan frihetsberøves, og hvilke vilkår som må være oppfylt i tilknytning til vedkommende handlinger. Hvilke individuelle rettigheter barnet har ved slike inngrep kommer også eksplisitt frem i loven. Ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i rene utlendingssaker er det ikke snakk om straff. Konsekvensen er imidlertid den samme ved at individet blir berøvet sin grunnleggende rett til frihet. Det er noe uklart hvilken delegasjonskompetanse lovgiver har ved administrativ frihetsberøvelse, men det må bemerkes at i henhold til Grunnloven § 94 krever også slike inngrep hjemmel i lov. Lovkravet og legalitetsprinsippet taler for at de materielle skrankene for frihetsberøvelsen på denne bakgrunn må komme direkte frem av lovens ordlyd slik som er

¹³⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 346

¹³⁶ Lov om barnevernstjenester av 17. juli 1992 nr. 100

¹³⁷ Smith (2015) s. 369

tilfellet i straffesaker. En forskriftshjemmel som implisitt åpner for en adgang til å frihetsberøve barn må i alle tilfeller anses som utilstrekkelig.

Uttalelser i forarbeidene kan bidra til å utfylle innholdet i bestemmelsen om frihetsberøvelse, men de kan i henhold til Grunnloven § 94 ikke anses som rettslig grunnlag for en frihetsberøvelse. At forarbeidene uttaler at det er til «barnets beste» å bli frihetsberøvet sammen med sine foreldre i uttransporteringssaker har på dette grunnlag ingen vekt ved spørsmålet om det materielle kravet til loven er oppfylt. En slik vurdering bør, lovkravet og legalitetsprinsippet tatt i betraktning, etter mitt syn hjemles i loven.

Da det verken i lov eller forskrift står eksplisitt at mindreårige i følge med familie omfattes av hjemmelsgrunnlaget, mener jeg at det ikke er tilstrekkelig klart hjemlet i loven en adgang til å gripe inn i barnets frihetsinteresse tatt lovkravet og legalitetsprinsippet i betraktning.

I bestemmelsens tredje ledd blir det henvist til en del av straffeprosesslovens regler om fremgangsmåte ved frihetsberøvelse som skal anvendes «så langt de passer». Det forutsettes av lovgiver at disse regelsettene skal harmoniseres. Jeg vil se på hvilken betydning denne henvisningen får for spørsmålet om bestemmelsens virkekræft.

5.5.1 Forholdet mellom frihetsberøvelse av mindreårige etter straffeprosessloven og utlendingsloven – frihetsberøvelse av mindreårige under 15 år

Utenlandske barn i alle aldre berøves sin frihet etter utlendingslovens regler. Barn under 15 år kan aldri fengsles etter straffeprosessens regler da barn under den kriminelle lavalderen ikke kan straffes for en kriminell handling, jfr *straffeloven* § 46, jfr § 15.¹³⁸ Dette følger også av vilkårene i straffeprosessloven § 171. Utlendingsloven § 106 tredje ledd bestemmer at straffeprosessloven §§ 174 til 191 skal anvendes «så langt de passer», og straffeprosessloven § 171 kommer på denne måte ikke til anvendelse i utlendingssaker. Lagmannsretten har i en kjennelse vedrørende fengslingssaken fra 2014 uttalt at henvisningen «så langt det passer» åpner for en adgang til å fengsle mindreårige utlendinger under 15 år:

«Lagmannsretten finner at selv om man ikke kan fengsle barn under 15 år etter straffeprosessloven, vil det være adgang til å fengsle mindreårige barn sammen med sine foreldre etter utlendingsloven § 106. Lagmannsretten er enig med politiet i at reservasjonen «så langt det passer» her kommer til anvendelse.»¹³⁹

¹³⁸ Almindelig borgelig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

¹³⁹ 14-050071SAK-BORG/04 s. 3

Hjemmelsgrunnlaget for å frihetsberøve mindreårige utlendinger under 15 år i følge med familie fremgår etter dette av loven gjennom utlendingsloven § 106 lest i sammenheng med § 5 og henvisningen til straffeprosessloven i § 106 tredje ledd. Hjemmelen for fengsling av mindreårige utlendinger under 15 år fremstår på denne bakgrunn som svært godt gjemt i lovverket. Formålet med fengsling etter de to lovene er ulikt og skal ivareta ulike hensyn. Det er imidlertid på det rene at konsekvensen de facto blir den samme ved frihetsberøvelse etter straffeprosessloven og utlendingsloven; staten griper inn i den mindreåriges grunnleggende rett til frihet.

Etter det strenge lovkravet som stilles både etter nasjonal og internasjonal rett til utforming av bestemmelser om frihetsberøvelse fremstår henvisningsteknikken som svært uheldig. Ved at adgangen til å frihetsberøve denne gruppen barn ikke kommer uttrykkelig frem i loven, men fremgår av en henvisningsbestemmelse som skal anvendes «så langt den passer», skaper det etter mitt syn et uklart hjemmelsgrunnlag. Det blir opp til politiet og domstolen, og ikke lovgiver, å vurdere om bestemmelsen «passer» i et konkret tilfelle. Lovverket for øvrig, hvor det ved frihetsberøvelse av barn etter andre lover står spesifikt at barn kan frihetsberøves og på hvilke vilkår, legger også dette standpunktet vekt. På bakgrunn av det som ble sagt i kapittel 5.5 kan hjemmelen for frihetsberøvelse av barn under 15 år på ingen måte sies å oppfylle lovkravet. Dersom norsk lovgivning ønsker å åpne for frihetsberøvelse av mindreårige må det med bakgrunn i lovkravet og legalitetsprinsippet foreligge et klart lovvedtak om dette.

5.6 Beviskravet etter bestemmelsen

Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum ble endret ved lovendringen i 2012.¹⁴⁰ Sannsynlighetskravet ble da endret fra «mest sannsynlig» til «konkrete holdepunkter for å anta».¹⁴¹ Politiet og domstolen kan i dag frihetsberøve en utlending etter bestemmelsen dersom de mener det foreligger «konkrete holdepunkter for å anta» at utlendingen vil unndra seg iverksettelse av et vedtak. Departementet har gjennom denne endringen utvidet adgangen til å frihetsberøve utlendinger, og reglene er brakt i samsvar med lovgivningen i Sverige og Finland.¹⁴² Begrunnelsen for dette er at det de senere årene har vært et økende problem at utlendinger med endelig avslag oppholder seg ulovlig i Norge. I disse tilfellene er det et klart behov for å anvende tvangsmidler for å håndheve en effektiv utlendingskontroll og returpolitikk, noe som i følge forarbeidene er en av utlendingsfeltets største utfordringer.¹⁴³

¹⁴⁰ Lov av 06. januar 2012 nr. 2

¹⁴¹ Prop. 138 L (2010-2011) s. 23

¹⁴² Prop. 138 L (2010-2011) s. 26

¹⁴³ Prop. 138 L (2010-2011) s. 25

Ordlyden bestemmer at bevis- og sannsynlighetsvurderingen må basere seg på konkrete og objektive holdepunkter. Departementet har også understreket dette i forarbeidene.¹⁴⁴ For anvendelse av frihetsberøvelse som tvangsmiddel må unndragelsesfaren være av en viss styrke ved at det foreligger et eller flere objektive eller konkrete holdepunkter for mistanken.¹⁴⁵ Dette av hensyn til frihetsberøvelsens inngripende karakter. Selv om det skal foretas en konkret vurdering, er det ikke noe i veien for at man kan dra nytte av generelle erfaringer fra utlendingsfeltet, som for eksempel nasjonalitet eller erfaringer fra utlendinger i samme situasjon i vurderingen av om det foreligger unndragelsesfare.¹⁴⁶

Skal BK oppfylles etter sitt innhold må vurderingen av om det foreligger «konkrete holdepunkter» knytte seg til barnet som selvstendig rettssubjekt. Dette er ikke praksis i Norge i dag. Praksisen ved pågrepelse og fengsling av barn sammen med foreldrene synes å være slik at det utferdiges en pågripelsesbeslutning og eventuelt fengslingskjennelse mot foreldrene, som også danner grunnlag for frihetsberøvelse av barnet.¹⁴⁷ Barna blir således identifisert med sine foreldre uten at det foretas en individuell prøving av om det foreligger «konkrete holdepunkter» for at barnet selv vil unndra seg iverksettelse. Det anses som til barnets beste å få være sammen med familien sin. Om dette uttaler Departementet at:

«Praksis hittil har vært at barns opphold i utlendingsinternat som den store hovedregelen har vært avledet av rettslig kjennelse eller pågripelsesbeslutning mot foreldrene, det vil si mot omsorgsperson(er), og det har vært ansett å være «til barnets beste» å være sammen med sine foreldre, til tross for at oppholdet finner sted i utlendingsinternat.»¹⁴⁸

Tankene er at dersom det foreligger konkrete holdepunkter for at foreldrene vil unndra seg iverksettelse vil unndragelsesfaren også gjelde for barna. Dette innebærer at det konstrueres konkrete holdepunkter for en unndragelsesfare knyttet til disse barna. Barnet får på denne bakgrunn ingen selvstendig vurdering av de objektive og konkrete holdepunktene for sin unndragelsesfare eller av sine rettigheter ved en frihetsberøvelse etter utlendingslovens regler. Foreldrenes unndragelsesfare blir utslagsgivende, og ikke hensynet til barnet. Dette stemmer dårlig overens med ordlyden i bestemmelsen som sier at de konkrete holdepunktene må knytte seg til vedkommende utlending som frihetsberøves. Skal man innfortolke en adgang til å frihetsberøve mindreårige tilsier de innholdsmessige skrankene i lovkravet at barnet må få sin

¹⁴⁴ Prop. 138 L (2010-2011) s. 26

¹⁴⁵ Prop. 138 L (2010-2011) s. 26

¹⁴⁶ Prop. 138 L (2010-2011) s. 28

¹⁴⁷ Husabø m.fl (2012) s. 18

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 28 (2006-2007) s. 14.

individuelle rettsstilling vurdert. Å frihetsberøve et individ uten rettslig kjennelse strider også mot EMK artikkel 5.

På andre rettsområder hvor frihetsberøvelse av barn finner sted foreligger ikke en tilsvarende praksis hvor barnet ikke får sine individuelle rettigheter prøvd. Det forekommer heller ikke at frihetsberøvelsen av barn som sårbar gruppe ikke direkte reguleres i lovteksten. Barn er selvstendige rettssubjekter, men dette gjenspeiles ikke i utlendingslovens regler eller praksis vedrørende frihetsberøvelse. I vanlige straffesaker fengsles barn med bakgrunn i egne begåtte straffbare handlinger. Etter straffeprosesslovens regler ville man aldri ha frihetsberøvet et barn med grunnlag i foreldrenes handlinger, det er det ikke hjemmel til. Ved frihetsberøvelse i institusjon i medhold av barnevernloven retter vedtaket seg direkte mot barnets handlinger, jfr barnevernloven § 4-24.

På denne bakgrunn kan det virke som vilkåret «konkrete holdepunkter» ikke gjelder for barnet ved frihetsberøvelse. Dette fremstår som en omgåelse av bestemmelsen, og en tolkning av den som ikke er i tråd med legalitetsprinsippet. Skal lovkravet oppfylles må bevisvurderingen knytte seg til barnet på selvstendig grunnlag eller inngripen i barns frihetsinteresse hjemles på annen måte.

5.7 Når foreligger det en slik unndragelsesfare at det er behov for frihetsberøvelse?

I 2010 fikk utlendingsloven en ny paragraf 106a som nærmere presiserer innholdet i unndragelsesfaren. Denne endringen kom inn i loven gjennom lovendring av 17. desember 2010 for å gjennomføre returdirektivet.¹⁴⁹ Returdirektivet er en videreutvikling av Schengensamarbeidet og har som formål å bekjempe ulovlig migrasjon og ulovlig opphold på Schengenterrioret.¹⁵⁰ Bestemmelsen oppstiller ulike momenter som kan vektlegges og individuelle forhold ved utlendingen som kan få betydning.¹⁵¹

I bestemmelsen står det at man ved avgjørelser av om det foreligger unndragelsesfare skal foreta en totalvurdering. I denne vurderingen kan man blant annet legge vekt på om utlendingen har unndratt seg iverksettelse av et vedtak, uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket, er utvist, er ilagt straff eller særreaksjoner, har vist manglende samarbeidsevne knyttet til identitetsavklaring, unngår eller vanskeliggjør forberedelser til utsendelse, har gitt uriktige opplysninger til utlendingsmyndighetene, har unnlatt å gi melding om endring av bopel, er

¹⁴⁹ Direktiv 2008/115/EF

¹⁵⁰ Prop. 3 L (2010-2011) s. 8

¹⁵¹ Prop. 138 L (2010-2011) s. 28

ansvarlig for alvorlig ordensforstyrrelse på asylmottak eller utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Bestemmelsen er vid og favner svært mange tilfeller som kan anses som unndragelsesfare. Etter sin ordlyd er bestemmelsen imidlertid ikke uttømmende og flere tilfeller enn de ovenfor nevnte kan begrunne en unndragelsesfare og dermed føre til pågripelse og fengsling.

I de kjennelsene jeg har fått tak i foretas det ikke en vurdering av unndragelsesfaren knyttet til barnet, men kun til foreldrene. Det sies ingenting om det for det enkelte barn foreligger en unndragelsesfare, barnet blir som vi så i kapittel 5.6 automatisk identifisert med foreldrene på dette punktet. På samme måte som ved vilkåret «konkrete holdepunkter» kan det da vanskelig sies at dagens praksis oppfyller kravet til at barnet skal få en selvstendig vurdering av sine rettigheter og dermed legalitetsprinsippet.

5.8 Oppsummering

Slik jeg ser det oppfyller ikke vilkårene i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum lovkravet som oppstilles etter så vel nasjonal som internasjonal rett. Legalitetsprinsippet tatt i betraktning kan man ikke etter lovens ordlyd gripe inn i mindreåriges frihetsinteresse. Barne får etter praktisk anvendelse av bestemmelsen heller ikke oppfylt sine rettigheter som selvstendig rettssubjekt. Dagens praksis fremstår som en omgåelse av bestemmelsen og barns rettigheter.

6 Forholdsmessighetsvurderingen ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger i følge med familie

6.1 Innledning

I henhold til Grunnloven § 94 første ledd annet punktum og utlendingsloven § 99 første ledd skal det alltid foretas en forholdsmessighetsvurdering ved frihetsberøvelser. Ved inngrep i barnets frihetsinteresse skal det også etter EMK artikkel 5, SP artikkel 9 og BK artikkel 37, sett i sammenheng med BK artikkel 3, alltid foretas en interesseavveining mellom statens behov for myndighetsutøvelse og barnets rettigheter. Dette innebærer at selv om de øvrige vilkårene for frihetsberøvelse er oppfylt skal det vurderes hvorvidt et inngrepet i frihetsinteressen er forholdsmessig. Er det ikke det, kan ikke den mindreårige utlendingen frihetsberøves. Hva som inngår i en slik forholdsmessighetsvurdering er temaet for dette kapittelet.

Det må i det følgende forutsettes at utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for inngripen i barns frihetsinteresse etter kravene som oppstilles etter legalitetsprinsippet og lovkravet.

6.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Ved revisjon av Grunnloven i 2014 ble det i tillegg til kravet om at frihetsberøvelser må ha hjemmel i lov, lovfestet et krav om at «Frihetsberøvelsen må være nødvendig og ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep.», jfr Grunnloven § 94 første ledd annet punktum. Sett i sammenheng med bestemmelsens første ledd første punktum gjelder forholdsmessighetsprinsippet etter denne revisjonen generelt for alle frihetsberøvelser, herunder frihetsberøvelse av utlendinger, jfr utlendingsloven § 106.

Utlendingsforvaltningen og domstolen må forholde seg til Grunnlovens regler ved utøvelse av myndighet. Utlendingsloven regulerer imidlertid også selv spørsmålet om nødvendighet og forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler. I lovens § 99 første ledd står det at «Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.»

Både nødvendighetskravet og forholdsmessighetskravet i bestemmelsene inngår i forholdsmessighetsvurderingen i vid forstand. Forholdsmessighetsvurderingen er et godt verktøy for å rasjonalisere en interesseavveining mellom to motstridende interesser, i denne sammenheng

statens interesse i å utøve utlendingskontroll holdt opp mot barnets frihetsinteresse.¹⁵² Ved frihetsberøvelse av barn kreves det enda mer av forholdsmessighetsvurderingen enn ved frihetsberøvelse av voksne.¹⁵³ Barns særlige sårbare situasjon, holdt opp mot det inngripende tiltaket det er å frata noen deres frihet, må vurderes nøye.

Utlendingsloven § 106 tredje ledd viser også til straffeprosessloven § 184 som bestemmer at mindreårige kun skal frihetsberøves dersom det er «tvingende nødvendig». Etter BK artikkel 37 bokstav b skal en frihetsberøvelse bare skje «as a measure of last resort» og «for the shortest appropriate period of time». Disse reglene gir uttrykk for interesseavveiningen som skal foretas. At det skal foretas en interesseavveining mellom inngrepsbehovet til staten og inngrepsintensiteten overfor barnet kommer også til uttrykk i BK artikkel 3 nr. 1. Barnekomiteen har uttalt at «Hvis harmonisering ikke er mulig, må myndighetene og beslutningstakerne analysere og veie rettighetene til alle de berørte, ...»¹⁵⁴

EMK artikkel 5 nr. 1 oppstiller uttømmende grunnene som kan legitimere en frihetsberøvelse av individer. Selv om det ikke står noe om at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved frihetsberøvelse av utlendinger etter artikkel 5 nr. 1 bokstav f har EMD uttrykt at det skal foretas en avveining mellom samfunnshensynene og hensynet til individet.¹⁵⁵ I SP artikkel 9 står det at ingen skal utsettes for «arbitrary arrest or detention». Også i dette ligger det en rimelighets- og nødvendighetsvurdering.¹⁵⁶

Etter dette må det kunne slås fast at man ved frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger, etter både nasjonal rett og internasjonale forpliktelser, skal foreta en forholdsmessighetsvurdering hvor man må veie hensynene til statlig myndighetsutøvelse i utlendingssaker opp mot barnets frihetsinteresse og barnets beste. Både på tidspunkt for pågrepelse og fengsling skal forholdsmessighet vurderes. Det skal videre foretas en forholdsmessighetsvurdering knyttet til lengde av frihetsberøvelsen. Dette vil bli vurdert i det følgende.

¹⁵² Havre (2014) s. 51

¹⁵³ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

¹⁵⁴ Generell kommentar nr. 14 (2013) avsnitt 39

¹⁵⁵ Papov mot Frankrike (2012) avsnitt 118 og 119

¹⁵⁶ Menneskerettighetskomitéen Spakmo mot Norge avsnitt 6.3

6.3 Når anses det som forholdsmessig å gripe inn i frihetsinteressen til en mindreårig utlending i følge med familie?

6.3.1 Nødvendighetskravet

I Grunnloven § 94 første ledd annet punktum står det at frihetsberøvelsen må være «nødvendig». I utlendingsloven § 99 første ledd første punktum står det at tvangsmidler kun skal brukes dersom det er «tilstrekkelig grunn til det». Etter EMK, SP og BK skal det foretas en nødvendighetsvurdering hvor samfunnsinteressene veies opp mot barnets frihetsinteresse.

Vilkårene har det samme innholdet og innebærer at et tvangsmiddel bare kan anvendes dersom det er hensiktsmessig å anvende det i en gitt situasjon.¹⁵⁷ I dette ligger det for det første at frihetsberøvelsen må være et egnet middel til å oppnå samfunnsformålet som i denne sammenheng er utlendingskontroll.¹⁵⁸ For det andre må man ved spørsmål om det er hensiktsmessig å frihetsberøve en utlending, vurdere om formålet kan oppnås med mindre inngripende tvangsmidler.¹⁵⁹ Dette betyr at i de tilfeller hvor det finnes flere egnede midler må velges det middelet som i minst grad griper inn i retten til personlig frihet, men som allikevel oppfyller formålet. Dette kommer også klart frem av lovens system og utlendingsloven § 106 annet ledd som sier at frihetsberøvelse ikke skal anvendes dersom det vil være tilstrekkelig med meldepikt eller bestemt oppholdssted etter utlendingsloven § 105.

Å frihetsberøve en mindreårig utlending i følge med familie må anses som et egnet middel for å utøve effektiv utlendingskontroll, og sikre at personer med iverksettelsesvedtak uttransporteres fra Norge. Mer interessant er det å vurdere hvorvidt en frihetsberøvelse er det minst inngripende tiltaket som er egnet til å oppfylle formålet. Dette vil selvsagt bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

6.3.1.1 Fengslingsalternativer

Utlendingsloven § 106 annet ledd viser til utlendingsloven § 105 som bestemmer at meldepikt eller bestemt oppholdssted skal vurderes før man benytter det mest inngripende tvangsmiddelet som er frihetsberøvelse. Lovens system og § 106 annet ledd gir dermed direkte uttrykk for det minste inngreps prinsipp. Dersom formålet kan oppnås gjennom meldepikt eller bestemt oppholdssted, vil frihetsberøvelse være å anse som uforholdsmessig.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 345

¹⁵⁸ Havre (2014) s. 52

¹⁵⁹ Havre (2014) s. 53

Meldeplikt innebærer at utlendingen må møte hos politiet i sin kommune til bestemte tidspunkter og tider. Bestemt oppholdssted betyr at utlendingen må oppholde seg i et gitt geografisk område, gjerne innenfor en kommunegrense, på en bestemt adresse eller et bestemt mot-tak, jfr utlendingsforskriften § 18-12. Utlendingslovens regler om fengslingssurrogater er ment å være uttømmende.¹⁶⁰

Høyesterett har også uttalt at fengsling skal være siste utvei dersom pålegg om meldeplikt eller bestemt oppholdssted ikke overholdes eller anses åpenbart utilstrekkelig.¹⁶¹

«Uttrykket «åpenbart» indikerer et strengt krav, og må forstås slik at varetektsfengsling bare tillates der det foreligger konkrete forhold som med høy grad av sikkerhet vil føre til at identifisering, eller gjennomføring av utreise, vil bli umulig eller vesentlig vanskelig dersom man nøyer seg med fengslingssurrogater fremfor varetektsfengsling.»

Også etter praksis fra EMD blir det uttalt at for at inngrep skal kunne anses som forholdsmessig, må alternativer til frihetsberøvelse ha vært vurdert og funnet og ikke kunne anvendes.¹⁶² I saken *Papov mot Frankrike*, hvor to mindreårige utlendinger ble frihetsberøvet sammen med sine foreldre, uttaler EMD at franske myndigheter ikke i tilstrekkelig grad vurderte alternativer til frihetsberøvelse og på det grunnlaget ikke beskyttet barnas rett til frihet etter konvensjonen.

«The court finds, as in the above-cited case of *Muskhadzhivyyeva and Others*, that, in spite of the fact that they were accompanied by their parents and even though the detention center had a special wing for the accommodation of families, the children's particular situation was not examined and the authorities did not verify that the placement in administrative detention was a measure of last resort for which no alternative was available.»¹⁶³

Etter praksis både fra Høyesterett og EMD kreves det altså at det vurderes hvorvidt en frihetsberøvelse er det minst inngripende tiltaket som kan oppnå formålet. I FN-rapporten fra 2015 går Menneskerettighetsrådets spesialrapportør lenger i å beskytte barns rett til frihet. I rapporten står det at frihetsberøvelse av barn på bakgrunn utlendingskontroll «... exceeds the requirement of necessity because the measure is not absolutely essential to ensure the appear-

¹⁶⁰ Bunæs m.fl (2004) s. 520

¹⁶¹ Rt. 2009 s. 797 avsnitt 11

¹⁶² Nada mot Sveits (2012) avsnitt 183

¹⁶³ Papov mot Frankrike avsnitt 119

ance of children at immigration proceedings or to implement a deportation order.»¹⁶⁴ Barnekomitéen uttaler seg noe mer forsiktig om spørsmålet om nødvendighet ved frihetsberøvelse av mindreårige utlendinger og uttaler at «To the greatest extent possible, and always using the least restrictive means necessary, States should adopt alternatives to detention that fulfil the best interest of the child, along with their right to liberty...»¹⁶⁵

På denne bakgrunn kan man si at i vurderingen av om frihetsberøvelse av barn er nødvendig for å ivareta utlendingskontroll, alltid må vurdere andre alternativer som kan oppfylle formålet. Terskelen for å anvende frihetsberøvelse som tvangsmiddel mot et barn er således høy. Menneskerettighetsrådet mener også at man alltid går ut over hva som er nødvendig ved frihetsberøvelse av barn med utlendingskontroll som formål.

I noen av kjennelsene i fengslingssaken fra 2014 blir fengslingsalternativer vurdert.¹⁶⁶ I andre ikke.¹⁶⁷ I den nevnte saken hvor fengslingsalternativer blir vurdert, følger man barnevernets vurdering og mener det er til det beste for barnet å være på Trandum sammen med sine foreldre, fremfor at barnet blir plassert hos fremmede.¹⁶⁸ Da familien har sittet på Trandum i over 8 uker blir det begjært fortsatt fengsling begrunnet i unndragelsesfare. I sakene fra 16. mai og 28. mai 2014 blir fengslingsalternativer ikke vurdert, men fengslingen ansett som nødvendig. Det uttales bare at det er til barnets beste å være sammen med sine foreldre. Etter min mening vil en slik begrunnelse, eller mangel på sådan, ikke være i samsvar med de strenge kravene som stilles til vurderingen av minste inngreps prinsipp og barnets beste.

6.3.1.2 Forhold til straffeprosessloven § 184 – spørsmål en om fengsling av den mindreårige utlendingen er «tvingende nødvendig»

Utlendingsloven § 106 tredje ledd viser til straffeprosessloven § 184 som sier at et barn kun kan frihetsberøves dersom det er «tvingende nødvendig». Bestemmelsen er ikke direkte innført i utlendingsloven. Det forutsettes imidlertid i forarbeidene at bestemmelsen får anvendelse i utlendingsaker. Bestemmelsen ble endret med virkning fra 20. januar 2012 og formålet med endringen var å tydeliggjøre at terskelen for å frihetsberøve barn skal være særlig høy og at det oppstilles et absolutt krav om at det ikke finnes noe alternativ til frihetsberøvelse.¹⁶⁹ I

¹⁶⁴ FN-rapport avsnitt 80

¹⁶⁵ Rapport fra Barnekomitéen (2012) avsnitt 79

¹⁶⁶ Se bla 14-050071SAK-BORG/04

¹⁶⁷ Se bla 14-049678ENE-OTIR/01

¹⁶⁸ 14-050071SAK-BORG/04 s. 4

¹⁶⁹ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

henhold til BK artikkel 37 bokstav b skal frihetsberøvelse av barn bare skje «as a measure of last resort.»

I den nevnte fengslingssaken foretas det noen ganger en konkret vurdering av om fengslingen er «tvingende nødvendig».¹⁷⁰ I andre kjennelser foretas ikke denne vurderingen over hode.¹⁷¹ Andre igjen viser til tidligere kjennelser i samme sak, til tross for at tidsmomentet er vesentlig endret.¹⁷² I en av kjennelsene fra Borgarting lagmannsrett vurderer domstolen det dit hen at det er tvingende nødvendig å fengsle barnet.¹⁷³ Det må imidlertid understrekes at vurderingen knytter seg til foreldrenes unndragelsesfare. Lagmannsretten uttaler at «Lagmannsretten finner videre at det er «tvingende nødvendig» med fengsling av barnet sammen med foreldrene. Unndragelsesfaren for foreldrene er så sterk at foreldrene må fengsles, og det er med dette utgangspunktet at fengsling av barnet må vurderes.»

I noen tilfeller vurderes altså straffeprosessloven § 184 ved fengsling av mindreårige utlendinger, mens det i andre tilfeller ikke gjøres. Det foreligger på denne bakgrunn ikke en enhetlig praksis rundt hvilken terskel som skal anvendes, og hvilke vurderinger som skal gjøres ved frihetsberøvelser av mindreårige utlendinger i følge med familie etter utlendingsloven. Dette fremstår som uforutsigbart. At kjennelser viser tilbake til eldre kjennelser i samme sak kan heller ikke sies å oppfylle kravet til den kontinuerlige forholdsmessighetsvurderingen som er påkrevd.

At vurderingen knytter seg til foreldrenes unndragelsesfare gjør også at innholdet i bestemmelsen er forskjellig ved behandling av saker om frihetsberøvelse etter utlendingsloven, og ved behandling av saker etter straffeprosessloven. I saker etter straffeprosessloven er det barnets situasjon som skal vurderes.¹⁷⁴

Uklarheten oppstår som en klar følge av den henvisningsteknikken som er valgt. Uklar henvisningspraksis er behandlet av EMD i saken *Nasrullojev mot Russland*.¹⁷⁵ Domstolen fant der at henvisning til straffeprosessuelle regler i den russiske utleveringsloven førte til inkonsekvent behandling og forvirring ved de nasjonale domstolene. Henvisningsbestemmelsene var ikke presise og forutsigbare nok, og tilfredsstilte dermed ikke kvalitetskravet etter EMK. Ved frihetsberøvelse etter utlendingslover ser domstolen ut til selv å velge hvilken anvendel-

¹⁷⁰ Se bla BL 14-050071SAK-BORG/04

¹⁷¹ Se bla OTIR 14-049678ENE-OTIR/01

¹⁷² 14-056498ENE-OTIR/03 s. 2

¹⁷³ 14-050071SAK-BORG/04 s. 3

¹⁷⁴ Se bla Rt. 2012 s. 274

¹⁷⁵ Nasrulkoyev mot Russia (2007) avsnitt 72-77

se og innhold straffeprosessloven § 184 får i utlendingssaker fordi den skal anvendes «så langt den passer». Ved spørsmålet om det er «tvingende nødvendig» å frihetsberøve mindreårige utlendinger i følge med familie ser domstolen også ut til å ha skapt en praksis som strider i mot prinsippet om barnet som selvstendig rettssubjekt, et hensyn som ivaretas for saker etter straffeprosessloven. Dette samsvarer dårlig med innholdet i lovkravet og legalitetsprinsippet.

6.3.2 Kravet til forholdsmessighet

Grunnloven § 94 første ledd annet punktum og utlendingsloven § 99 første ledd annet punktum uttrykker det generelle kravet til forholdsmessighet, gjerne omtalt som forholdsmessighet i snever forstand.¹⁷⁶ Hva som er å anse som et uforholdsmessig inngrep må vurderes konkret. Det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepsbehovet og inngrepsintensiteten, og formålet med frihetsberøvelsen må veies opp mot belastningen frihetsberøvelsen vil innebære for den mindreårige utlendingen.¹⁷⁷ Barnekomitéen har som nevnt tidligere også gitt uttrykk for at en slik vurdering skal gjøres etter BK artikkel 3 nr. 1. Vurderingen skal også gjøres i henhold til EMK artikkel 5 og SP artikkel 9. I den enkelte sak kan det både legges vekt på forhold ved vedkommende utlendings person, som alder, omsorgssituasjon med videre. I tillegg kan forhold knyttet til saken, som for eksempel sakens omfang og alvorlighetsgrad vektlegges.¹⁷⁸ Momenter i den konkrete vurderingen av om frihetsberøvelse av utlendingen er uforholdsmessig vil videre være om vedkommende har oppholde seg ulovlig i riket over lengre tid og oversittet utreisefristen.

Ordlyden i utlendingsloven § 99 første ledd har samme ordlyd som straffeprosessloven § 170a. I følge forarbeidene er dette bevisst fra lovgivers side, og innebærer at rettspraksis og litteratur knyttet til vurderingen etter straffeprosessloven § 170a er veiledende ved forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven. Det skal således fremgå eksplisitt av en kjennelse om bruk av frihetsberøvelse som tvangsmidler etter utlendingsloven at det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering.¹⁷⁹ Allerede i pågripelsesbeslutningen skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering knyttet til pågripelsen, jfr utlendingsloven § 106, jfr § 99.

En gjennomgang av rettspraksis jeg har tilgang på viser at dersom utlendingen har oversittet utreisefristen, eller ikke samarbeider om uttransportering, anser domstolen det som forholdsmessig å frihetsberøve utlendingen og utlendingens barn.

¹⁷⁶ Havre (2014) s. 53

¹⁷⁷ Vevstad (2010) s. 575

¹⁷⁸ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 345

¹⁷⁹ Ot.prp.nr. 64 (1998-1999) s. 126

I fengslingssakene fra våren 2014 kommer domstolen i alle kjennelsene til at frihetsberøvelsen av familien er forholdsmessig. I en av kjennelsene fra Borgarting lagmannsrett blir det uttalt at det er «tvingende nødvendig» å fengsle barnet som følge av foreldrenes unndragelsesfare og at «Barnets forhold må imidlertid nøye vurderes når det gjelder spørsmål om fengslingen er uforholdsmessig. Hensynet til Barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste er her sentralt ...»¹⁸⁰ Hensynet til «barnets beste» blir vurdert i forholdsmessighetsvurdering ved fengslingen av foreldrene.

I kjennelsen blir det deretter foretatt en vurdering av flere momenter knyttet til barnets opphold på Trandum og hvorvidt dette er forholdsmessig. Retten kommer til at det er til barnets beste å være sammen med sine foreldre og dermed forholdsmessig å gripe inn i barnets frihetsinteresse. Domstolen uttaler også at det ved forholdsmessighetsvurderingen må tas i betraktning at foreldrene har hovedansvaret for situasjonen de har satt barnet i.¹⁸¹ Dette strider i mot uttalelser fra Barnekomitéen og Menneskerettighetsrådet som sier at det aldri er til barnets beste å bli fratatt friheten. EMD mener imidlertid at frihetsberøvelser kan anses som forholdsmessige så lenge det foretas en reell vurdering av de ulike hensynene. Dette samsvarer også med de norske forarbeidene.

Barnet er en del av forholdsmessighetsvurderingen knyttet til fengslingen av foreldrene. Man kan spørre seg om denne vurderingen i tilstrekkelig grad oppfyller det kravet barn har til individuell prøving av sine rettigheter. I kjennelsen fra lagmannsretten vist til over uttaler domstolen at «Tingretten har tatt begjæringen til følge, og barnets forhold er særskilt vurdert under utlendingsloven § 99. Lagmannsretten antar at dette er tilstrekkelig til å si at det foreligger en kjennelse som gir grunnlag for at barnet skal oppholde seg på internat under fengslingsperioden sammen med moren.»

Som Høyesterett har uttalt må man ved vurdering av loven se på blant annet inngrepets art for å vurdere om lovkravet er oppfylt.¹⁸² Tatt det i betraktning det store inngrepet i frihetsinteressen til barnet som frihetsberøvelse etter utlendingsloven er, mener jeg at denne type vurdering ikke i tilstrekkelig grad ivaretar barnet som selvstendig rettssubjekt med individuelle rettigheter. I kjennelsene kommer det i forholdsmessighetsvurderingen heller ikke frem at barnet har et dobbelt menneskerettslig vern, og at det er denne terskelen de samfunnsmessige hensynene skal veies mot. Ingen av kjennelsene viser til barnets frihetsinteresse etter EMK og SP. Praksisen og utlendingslovens regler om frihetsberøvelse ivaretar ikke i tilstrekkelig grad at barn er selvstendige rettssubjekter med individuelle rettigheter.

¹⁸⁰ 14-050071SAK-BORG/04 s. 3

¹⁸¹ 14-050072SAK-BORG/04 s. 4

¹⁸² Rt. 1995 s. 530 s. 537

Dette underbygges av BK artikkel 37 bokstav d som gir et hvert barn rett til å få prøvet lovligheten av en frihetsberøvelse. Når det ikke knyttes konkrete vurderinger til barnets unndragelsesfare og barnet ikke har noen kjennelse å anke blir vernet etter konvensjonsbestemmelsen illusorisk. Når kravet til kjennelse og ankeadgang ikke er mulig å oppfylle for barnet som selvstendig rettssubjekt må frihetsberøvelsen som en konsekvens anses som konvensjonsstridig og uforholdsmessig. Individets rett til å få prøvet sin sak for en kompetent domstol finner vi også i EMK artikkel 5 nr. 4 og SP artikkel 9 nr. 4.

6.3.2.1 Frihetsberøvelse under behandling av vedtak

I § 99 annet ledd står det uttrykkelig at tvangsmidler etter kapittelet kan anvendes ved iverksettelse av vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, og under behandling av et vedtak som kan få et slikt utfall.

Bestemmelsen innebærer at en mindreårig utlending kan pågripes og fengsles før det er fattet vedtak dersom vilkårene i § 106 første ledd bokstav b er oppfylt og fengslingen ikke fremstår som uforholdsmessig.¹⁸³ EMK artikkel 5 nr. 1, SP artikkel 9 nr. 1 og BK artikkel 37 bokstav b, jfr artikkel 3 nr. 1 gir alle individer en grunnleggende rett til frihet. Som vi har sett oppstilles det strenge krav ved inngripen i denne rettigheten gjennom frihetsberøvelser. Legalitetsprinsippet tatt i betraktning må bestemmelsen anvendes med varsomhet og være forbeholdt de klare tilfellene av misbruk av reglene i utlendingsloven, og hvor det i tillegg foreligger unndragelsesfare. Politiet har i utgangspunktet ikke kompetanse til å foreta en prejudisiell vurdering av søknadsgrunnlaget slik bestemmelsen legger opp til. Denne kompetansen er forbeholdt utlendingsmyndighetene.

6.3.3 Oppsummering

Hvorvidt en frihetsberøvelse er nødvendig og forholdsmessig er en konkret vurdering. Kildene tatt i betraktning er terskelen for slik inngripen svært høy og det skal alltid vurderes om det finnes mindre inngripende midler som kan oppnå formålet. I de kjennelsene jeg har sett er fengslingsalternativer i liten grad vurdert. Domstolen skal også vurdere om inngrepet er til «barnets beste», noe kjennelsene gjør i større eller mindre grad. Domstolen glemmer imidlertid at barnet har et dobbelt menneskerettslig vern som inngrepet skal veies opp mot. Jeg savner også i kjennelsene en bredere faglig vurdering av i hvilken grad barnet påvirkes av frihetsberøvelsen. Det eneste sporet av dette er rapportene fra barnevernet som noen av kjennelsene viser til.

¹⁸³ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 445

6.4 Hvor lenge kan en mindreårig utlending i følge med familie frihetsberøves?

Hvorvidt en frihetsberøvelse er forholdsmessig er en kontinuerlig vurdering, og dersom fengslingen fremstår som uforholdsmessig skal den opphøre. Fengslingens lengde får dermed også betydning under forholdsmessighetsvurderingen.

6.4.1 Når må den mindreårige fremstilles for domstolen?

Ordlyden i utlendingsloven § 106 fjerde ledd er brakt i samsvar med straffeprosessloven § 183 og sier at dersom den fengslede er under 18 år skal vedkommende fremstilles snarest mulig og senest dagen etter pågripelsen. Endringen i begge lovene er av hensyn til barns rettsikkerhet.¹⁸⁴ Dette er den eneste prosessuelle regelen knyttet til barns rettssikkerhet som er inntatt i utlendingslovens. Hvorvidt dette praktiseres eller ei, har kildene jeg har funnet ikke gitt noe svar på.

6.4.2 Fengslingstiden

6.4.2.1 Fengslingsfristen

For frihetsberøvelse begrunnet i unndragelsesfare etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b første punktum kan fengsling besluttet for høyst fire uker av gangen, jfr utlendingsloven § 106 tredje ledd. For barn oppstilles det et skjerpet krav hva gjelder frihetsberøvelsens lengde, jfr straffeprosessloven § 185 annet ledd. I henhold til bestemmelsen kan barn ikke frihetsberøves for lengre enn to uker av gangen. Utlendingsloven § 106 viser til denne bestemmelsen og det er forutsatt i forarbeidene at to-ukersfristen også skal gjelde i utlendingsaker.¹⁸⁵ Bestemmelsen ble endret med virkning fra 20. januar 2012. I bestemmelsen ligger ikke en absolutt grense for frihetsberøvelse på to uker. Politiet kan fengsle den mindreårige utlendingen for to nye uker av gangen så lenge det anses som nødvendig og forholdsmessig.

Til tross for at det forutsettes at lovendringen fra 2012 skal gjelde i utlendingssaker, begjærte politiet fire ukers fengsling i alle kjennelsene i fengslingssaken som pågikk våren 2014. I en av sakene kommer tingretten til at frihetsberøvelse i fire uker er forholdsmessig.¹⁸⁶ I de øvrige sakene blir fengslingstiden satt til to uker av hensyn til barnet. Dette er imidlertid nok et ek-

¹⁸⁴ Husabø m.fl (2012) s. 18

¹⁸⁵ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

¹⁸⁶ 14-056498ENE-OTIR/03 s. 2

sempel på forvirringen rundt hvilke rettssikkerhetsgarantier som hersker på området som følge av henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 106 tredje ledd.

6.4.2.2 Fengslingsperiodens lengde

Etter hovedregelen for fengslingens totale lengde i utlendingsloven § 106 femte ledd første punktum skal fengslingsperioden totalt sett ikke overstige 12 uker. Etter sin ordlyd gjelder denne regelen også for barn.

Det gjelder et skjerpet forholdsmessighetsprinsipp ved pågrepelse og fengsling av barn og dermed også for fengslingens lengde.¹⁸⁷ Jo lenger frihetsberøvelsen varer jo mer inngripende blir tiltaket. Etter BK artikkel 37 bokstav b skal fengsling bare benyttes for «the shortest appropriate periode of time». Barnets beste må også vurderes i denne sammenheng, jfr BK artikkel 3 nr. 1. EMD har også uttalt seg om interesseavveiningen ved frihetsberøvelser etter EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f og sagt at «...lastly, the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued ... »¹⁸⁸

Departementet uttaler at familier med barn nesten utelukkende pågripes og fengsles i tilfeller hvor det er tilrettelagt for rask uttransportering. I forarbeidene står det:

«Det bemerkes for øvrig at familier med barn nesten utelukkende pågripes i tilfeller hvor det ligger til rette for rask uttransportering. Dersom det viser seg at uttransportering ikke kan skje dagen etter pågrepelse, blir familien nesten alltid sluppet fra Trandum fremfor at det bes om fengslingskjennelse fra retten.»¹⁸⁹

Tall fra PU, som vist til i innledningen, viser at 100 mindreårige utlendinger satt frihetsberøvet på Trandum i mer enn 24 timer. Disse tallene samsvarer ikke med uttalelsen fra forarbeidene som sier at fengslingskjennelse er unntaket. Det er en tydelig diskrepans mellom utlendingsmyndighetenes faktiske praksis og forutsetningene i forarbeidene om ønskelig praksis. Med tanke på de negative konsekvensene en frihetsberøvelse har for et barn må det kreves mye av domstolen ved forholdsmessighetsvurderingen som gjøres ved begjæring om videre fengsling.

Fengslingskjennelsene fra våren 2014 oppstiller et unntak hva gjelder fengslingens lengde. Frihetsberøvelse av barn over en så lang tidsperiode er ikke vanlig slik tallene i innledningen

¹⁸⁷ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

¹⁸⁸ Papov mot Frankrike (2012) avsnitt 118

¹⁸⁹ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

viser. Dersom barnet sitter med fengslingskjennelse er det som hovedregel bare snakk om én fengslingskjennelse. At domstolen i den siste kjennelsen jeg har, som er fra 28. mai 2014 da barnet har sittet på Trandum i over 8 uker, fortsatt kommer til at fengslingen av barnet er forholdsmessig, blant annet fordi uttransportering vil skje «innen en ikke altfor fjern fremtid», fremstår som betenkelig. Forholdsmessigheten av fengslingens lengde blir heller aldri vurdert i lys av barnets doble menneskerettslige vern.

6.4.2.3 Utvidelse av 12-ukers fristen – kravet til «særlige grunner»

Hovedregelen etter utlendingsloven § 106 femte ledd er at den totale fengslingstid ikke skal overstige 12 uker. Dersom det foreligger «særlige grunner» kan imidlertid en utvidelse av denne fristen være lovlig. Etter bestemmelsens ordlyd gjelder denne utvidede adgangen også barn. Departementet uttaler at adgangen til å frihetsberøve en utlending utover 12 uker i iverksettelsestilfellene er å anse som en sikkerhetsventil i de tilfeller hvor uttransportering umuliggjøres av forhold utenfor politiets kontroll.¹⁹⁰ Etter dette skal det svært mye til før en utlending kan holdes fengslet utover 12 uker begrunnet i unndragelsesfare.

Dersom myndighetene etter utgangen av 12 ukersfristen fortsatt mener at det er behov for å holde utlendingen fengslet, må domstolen vurdere om «særlige grunner» foreligger. I denne vurderingen må de i tillegg til å vurdere vilkåret se på om det å holde den mindreårige utlendingen fengslet er å anse som nødvendig og ikke uforholdsmessig, jfr § 99.

6.4.2.3.1 Vilkår for å fengsle utover 12 uker

Utlendingsloven § 106 femte ledd annet punktum presiserer nærmere i hvilke tilfeller man kan fengsle utover 12 uker som fastsatt i første punktum. Bestemmelsen lyder:

«Fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter.»

Bestemmelsen åpner for å fengsle utover 12 uker etter hovedregelen i første punktum når fengsling skjer for å gjennomføre retur av en utlending.¹⁹¹ Ved vurdering av om utlendingen samarbeider skal det foretas en totalvurdering av utlendingens handlingsmønster. Manglende samarbeid fra utlendingen vil kunne foreligge hvis vedkommende ikke bidrar til å klarlegge

¹⁹⁰ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 448

¹⁹¹ Prop. 3 L (2010-2011) s. 61

sin identitet eller dersom utlendingen handler på en slik måte at utsending vanskeliggjøres.¹⁹² Fengsling må være begrunnet i forhold knyttet til et annet land og ikke til sen saksbehandling fra norske myndigheters side.¹⁹³ Det kan på bakgrunn av det som er sagt tidligere i oppgaven vanskelig sies at slike forhold kan tillegges barnet. Med bakgrunn i barns doble menneskerettslige vern og særlig sårbare situasjon må slik fengslingslende anses å være uforholdsmessig

6.4.2.4 Absolutt fengslingsfrist på 18 måneder

Utlendingsloven § 106 femte ledd tredje punktum oppstiller imidlertid enda et unntak fra hovedregelen om fengsling i maks 12 uker. I bestemmelsen står det at «Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjoner.»

Bestemmelsens fjerde ledd tredje punktum oppstiller dermed en absolutt skranke for hvor lenge en utlending kan holdes fengslet. Den absolutte grensen er satt til 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist på grunn av en straffbar handling.

Bestemmelsen ble innført ved gjennomføring av returdirektivet i 2010. Begrunnelsen for lovendringen var at direktivet krevde at det ble oppstilt en absolutt grense for fengsling, jfr artikkel 15 nr. 6.¹⁹⁴ Grensen på 18 måneder er i tråd med bestemmelsen i direktivet. I følge departementet må fengsling over en så lang tidsperiode som 18 måneder høre til de sjeldne unntakstilfellene.¹⁹⁵ På denne bakgrunn vil slik fengslingslengde av barn aldri anses som forholdsmessig.

¹⁹² Prop. 3 L (2010-2011) s. 61

¹⁹³ Prop. 3 L (2010-2011) s. 61

¹⁹⁴ Prop. 3 L (2010-2011) 53, jfr. 2008/115/EF

¹⁹⁵ Prop. 3 L (2010-2011) s. 53

7 Forekommer det diskriminering av utenlandske barn på bakgrunn av utlendingslovens regler om frihetsberøvelse?

Oppgavens tema åpner for mange interessante problemstillinger. Som Høyesterett har uttalt skal lovkravet og legalitetsprinsippet sikre at myndighetsutøvelse ikke fører til usaklig forskjellsbehandling.¹⁹⁶ I den forbindelse vil jeg se på om praksis med frihetsberøvelse av utenlandske barn etter utlendingsloven er diskriminerende. Grunnet oppgavens begrensning vil jeg kun se kort på spørsmålet.

EMK artikkel 14, SP artikkel 2 og BK artikkel 2 forbyr diskriminering av de øvrige konvensjonsrettighetene. Ikke en hver forskjellsbehandling er konvensjonsstridig. Forbudet retter seg mot forskjellsbehandling som ikke har et saklig formål, som ikke er nødvendig og som er uforholdsmessig.¹⁹⁷ Statene har ikke bare et ansvar for å avstå fra diskriminering, men også en plikt til å gjennomføre tiltak som forebygger og eliminerer diskriminering.

Diskrimineringsforbudet i BK er et av de fire grunnleggende prinsippene i konvensjonen. Når det skal vurderes om barn utsettes for diskriminering må man se på flere forhold. Vurderingstemaene er de samme etter EMK, SP og BK.¹⁹⁸ Selv om formålsbetraktningene nok blir litt annerledes etter konvensjonene knytter jeg den videre drøftelsen til BK.

For det første må det aktuelle forholdet gjelde oppfyllelse av de andre rettighetene i konvensjonen, BK oppstiller således et aksessorisk diskrimineringsforbud. EMD har uttalt om artikkel 14 at det er tilstrekkelig at forskjellsbehandlingen gjelder et saksområde som er beskyttet av konvensjonen.¹⁹⁹ Det må antas at det samme gjelder etter BK artikkel 2 og SP artikkel 2.²⁰⁰ Hvis det aktuelle forholdet faller inn under en av konvensjonsbestemmelsene er spørsmålet om det foreligger forskjellsbehandling. Diskriminering kan skje ved forskjellsbehandling av like tilfeller eller ved likebehandling av ulike tilfeller. Forskjellsbehandlingen må videre ha sitt utspring i ett av grunnlagene som nevnes i bestemmelsen, det vil si rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal, etnisk eller sosial opprinnelse, eidsforhold, funksjonshemming, fødsel eller annen stilling.

Dersom man kommer frem til at det foreligger forskjellsbehandling på bakgrunn av et av diskrimineringsgrunnlagene må man vurdere om forskjellsbehandlingen er saklig og rimelig. I

¹⁹⁶ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26

¹⁹⁷ Høstmælingen m.fl (2012) s. 32

¹⁹⁸ Kjønsstad m.fl (2014) s. 343 og Høstmælingen m.fl (2012) kapittel 2

¹⁹⁹ Rasmussen mot Danmark (1984) avsnitt 29

²⁰⁰ Høstmælingen m.fl (2012) s. 37

dette ligger at forskjellsbehandlingen for det første må ha et saklig formål og at den for det andre må være nødvendig for å oppnå formålet og ikke være uforholdsmessig.²⁰¹ Hva som anses som et saklig formål må vurderes konkret i den enkelte sak. For at det skal kunne være snakk om saklig forskjellsbehandling må vurderingen være basert på objektive kriterier og ivareta et legitimt samfunnsmessig hensyn.²⁰² I kravet om at forskjellsbehandlingen må være rimelig ligger at den må være nødvendig for å oppnå formålet og det må være forholdsmessighet mellom mål og middel.²⁰³ I hvert tilfelle må det foretas en helhetsvurdering. Jo mer inngripende forskjellsbehandlingen er, jo viktigere må de samfunnsmessige hensynene være for at forskjellsbehandlingen skal kunne legitimeres. Ved inngrep i barns rett til personlig frihet må man anvende det minst inngripende tiltaket for å oppnå formålet og de samfunnsmessige hensynene må være særlig viktige.

Praksis som beskrevet over fører til forskjellsbehandling mellom norske og utenlandske barn. For det første kan kun utenlandske barn frihetsberøves etter utlendingsloven. For det andre fattes det ingen selvstendig beslutning når barnet frihetsberøves sammen med sine foreldre og barnet får ikke sine rettigheter prøvd etter utlendingsloven. Dette står i motsetning til frihetsberøvelse av barn etter blant annet straffeprosessloven og barnevernloven. Frihetsberøvelse er et svært inngripende tiltak overfor barn generelt og skal i henhold til BK kun benyttes som «measure of last resort» og for «the shortest appropriate period of time». Spørsmålet blir således om denne forskjellsbehandlingen er lovlig eller om det foreligger diskriminering.

Å frihetsberøve barn i henhold til konvensjonen som følge av et behov for å kunne sikre utlendingskontroll, må som konkludert med i kapittel 4 anses som et legitimt formål. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om frihetsberøvelse av barn med hjemmel i utlendingsloven er nødvendig for å oppnå formålet samt om det er forholdsmessig.

Utenlandske barn blir i dag frihetsberøvet med grunnlag i beslutning eller kjennelse som retter seg mot foreldrene. Barna får ikke vurdert hvorvidt deres egne handlinger oppfyller vilkårene om konkrete holdepunkter for unndragelsesfare. I henhold til BK artikkel 37 bokstav d har et hvert barn rett til å få prøvet lovligheten av frihetsberøvelsen. Dette er ikke praktisk mulig når det verken foreligger pågripelsesbeslutning eller fengslingskjennelse rettet mot barnet ved frihetsberøvelse etter utlendingsloven. Ved frihetsberøvelse av barn etter straffeprosessloven og barnevernloven får barnet en kjennelse eller et vedtak knyttet til egne handlinger og kan få prøvet sine individuelle rettigheter. Kjennelsen og vedtaket kan påklages og er ment å ivareta barnas rettssikkerhet.

²⁰¹ Høstmælingen m.fl (2012) s. 38

²⁰² Høstmælingen m.fl (2012) s. 38

²⁰³ Høstmælingen m.fl (2012) s. 39

Gjennom henvisning til straffeprosessloven § 184 skal barn kun fengsles dersom det er «tvingende nødvendig» og etter BK sine regler for et «measure of last resort». Med andre ord er terskelen høy for inngrepet og andre muligheter skal ha vært vurdert. Forarbeidene uttaler at fengsling av utenlandske barn i følge med familie sjeldent skjer i mer enn et døgn og at familien løslates fra Trandum fremfor at det bes om fengslingskjennelse.²⁰⁴ Tallene fra PU vedrørende fengslingslengde har vist at praksis verken er i samsvar med uttalelsene i forarbeidene eller nasjonale og internasjonale forpliktelser. Ved frihetsberøvelser skal alltid det minste inngreps prinsipp anvendes, og alternativer til fengsling skal alltid vurderes. Fengsling av så mange barn som statistikken viser til kan på bakgrunn av det som ellers er sagt i oppgaven ikke anses som nødvendig.

Det kan vanskelig argumenteres for at rettssikkerhetsgarantiene som gjelder for norske barn som frihetsberøves ikke skal ha tilsvarende anvendelse for utenlandske barn som blir frihetsberøvet etter utlendingslovens regler. Blant annet henvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 106 viser imidlertid at dette ikke er tilfellet. Et slikt inngrep i barns rettigheter kan vanskelig anses som nødvendig eller forholdsmessig tiltak for å oppnå effektiv utlendingskontroll. Det kan etter dette stilles spørsmål ved om forholdene på Trandum og lengden av oppholdet der for mange barn må anses som en diskriminering av utenlandske barn.

²⁰⁴ Prop. 138 L (2010-2011) s. 54

8 Avsluttende oppsummering

Mitt siktemål med denne avhandlingen har vært å belyse mindreårige utlendingers rettsstilling når de frihetsberøves på grunnlag av foreldrenes unndragelsesfare. Vi har sett at barn har et sterkt vern mot inngrep i sin personlige frihet både etter nasjonal lovgivning og internasjonale forpliktelser. Det rettslige vernet mindreårige utlendinger i følge med familie nyter etter den norske utlendingsloven er imidlertid ikke sterkt, og samsvarer dårlig med barns rettigheter og kravene som stilles til inngripen i disse.

Slik verdensbildet ser ut i dag er det ingen grunn til å tro at statene vil få færre utfordringer knyttet til immigrasjon i fremtiden. Utlendingsfeltets er politisk betent og juridisk utfordrende. Selv om Norge er en suveren stat har vi forpliktet oss til å overholde grunnleggende menneskerettigheter. Som det fremkommer tydelig gjennom oppgaven oppstiller de globale menneskerettighetskonvensjonene et sterkere vern mot inngrep i grunnleggende rettigheter enn nasjonal lovgivning og EMK. Bakgrunnen for dette er nok politikk og et europeisk behov for å verne om sine egne grenser fremfor grunnleggende menneskerettighet.

Rettsvernet for en mindreårig utlending som blir frihetsberøvet sammen med sin familie etter utlendingslovens regler oppfyller etter min mening ikke de kravene som stilles til loven på bakgrunn av nasjonal rett og internasjonale forpliktelser. Jeg mener derfor at loven, av hensyn til barns rettssikkerhet, må tydeliggjøre barns rettigheter, og at lovgiver, dersom man skal gripe inn i barns frihetsinteresse, må fatte et lovvedtak som klar oppstiller i hvilke på hvilke vilkår myndighetene kan gripe inn i barns rettigheter på bakgrunn av behovet for utlendingskontroll.

9 Litteraturliste

Lover

Norske lover

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om barnevernstjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
- 2005 Lov om rettergangsmåten i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

Traktater og erklæringer

- 1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 04. november 1950
- 1966 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966
- 1969 Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969
- 1989 Konvensjon om barns rettigheter (BK) av 20. november 1989

Direktiver og forordninger

- Direktiv 2008/115/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (Returdirektivet)

Forskrift

- 2009 Forskrift om *utlendingers adgang til riket og deres opphold her* (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286
- 2009 Forskrift om *Politiets utlendingsinternat* (Utlendingsinternatforskriften) av 23. desember 2009 nr. 1890

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1995 s. 530
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2007 s. 234
Rt. 2008 s. 1409
Rt. 2009 s. 797
Rt. 2012 s. 274
Rt. 2012 s. 494
Rt. 2012 s. 1330
Rt. 2014 s. 1105
Rt. 2015 s. 93

HR-2014-00668-U Kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg av 1. april 2014

Underrettspraksis

14-005071SAK-BORG/04 Kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 25. mars 2014
14-081241SAK-BORG/04 Kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 16. mai 2014

14-049678ENE-OTIR/01 Kjennelse fra Oslo tingrett av 19. mars 2014
14-056498ENE-OTIR/03 Kjennelse fra Oslo tingrett av 2. april 2014
14-070992ENE-OTIR/06 Kjennelse fra Oslo tingrett av 30. april 2014
14-078848ENE-OTIR/08 Kjennelse fra Oslo tingrett av 14. mai 2014
14-089139ENE-OTIR/02 Kjennelse fra Oslo tingrett av 28. mai 2014

Internasjonal rettspraksis

EMD sak 8777/79 Rasmussen v. Denmark, The European Court of Human Rights, Strasbourg 28 November 1984
EMD sak 19776/92 Amuur v. France, The European Court of Human Rights, Strasbourg 25 June 1996
EMD sak 39748/98 Maestri v. Italy, The European Court of Human Rights, Strasbourg 17 February 2004
EMD sak 13178/03 Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, The European Court of Human Rights, Strasbourg 12 October 2006

EMD sak 656/06	Nasrulloev v. Russia, The European Court of Human Rights, Strasbourg 11 October 2007
EMD sak 37201/06	Saadi v. Italy, The European Court of Human Rights, Strasbourg 28 February 2008
EMD sak 50213/09	Abdolkhani and Karimnia v. Turkey, The European Court of Human Rights, Strasbourg 27 July 2010
EMD sak 39472/07	Papov v. France, The European Court of Human Rights, Strasbourg 19 January 2012
EMD sak 10593/08	Nada v. Switzerland, The European Court of Human Rights, Strasbourg 12 September 2012

Annen praksis

Menneskerettighetskomitéen Spakmo mot Norge Communication no. 631/1995 (1999)

Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU

NOU 2004:20	Ny utlendingslov
NOU 2009:15	Skjult informasjon – åpen kontroll

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr. 64 (1998-1999)	Om lov om endring i straffeprosessloven og straffeloven mv (etterforskningsmetoder mv)
Ot.prp.nr. 28 (2006-2007)	Om lov om endring i utlendingsloven (utlendingsinternat)
Ot.prp.nr. 75 (2006-2007)	Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Annet

Prop. 3 L (2010-2011)	Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)
Prop. 138 L (2010-2011)	Endringer i utlendingsloven (utvidet adgang til fengsling mv)
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 169 S (2012-2013)	Innstilling fra kontroll og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets pressidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
Innst. 186 S (2013-2014)	Innst.186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Generelle uttalelser, anbefalinger og rapporter fra FN

Barnekomitéen	Generell kommentar nr. 10: <i>Rettighetene til barn som er i konflikt med loven</i> , 25. april 2007
Barnekomitéen	Report on the 2012 day of general discussion: <i>The rights of all children in the context of international migration</i>
Barnekomitéen	Generell kommentar nr. 14: <i>Om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para 1)</i> , 29. mai 2013
FNs menneskerettighetsråd	Rapport fra spesialrapportør mot tortur og andre grusomme, umenneskelige og nedverdiggende behandlinger eller straff, Juan E. Mendez, 05. mars 2015

Juridisk litteratur

Aall (2011)	All, Jørgen: <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , Bergen 2011
Bunæs (2004)	Bunæs, Runa; Vandvik, Bjørn og Kvigne, Kristin Ottesen: <i>Utlendingsrett</i> , Oslo 2004
Eckhoff (2000)	Eckhoff, Torstein: <i>Rettskildelære</i> , Oslo 2000 v/ Jan Helgesen
Goodwin-Gill (2011)	Goodwin-Gill, Guy S og McAdam, Jane: <i>The refugee in international law</i> , Oxford 2011
Graver (2015)	Graver, Hans Petter: <i>Alminnelig forvaltningsrett</i> , Oslo 2015
Høstmælingen (2010)	Høstmælingen, Njål: <i>Internasjonale menneskerettigheter</i> , Oslo 2010
Høstmælingen (2012)	Høstmælingen, Njål; Kjørholt, Elin Saga og Sandberg, Kirsten: <i>Barnekonvensjonene, barns rettigheter i Norge</i> , Oslo 2012
Kjønstad (2014)	Kjønstad, Asbjørn og Syse, Aslak: <i>Velferdsrett II – Barnevern og Sosialrett</i> , Oslo 2014
Smith (2015)	Smith, Eivind: <i>Konstitusjonelt demokrati</i> , Oslo 2015
Vevstad (2010)	Vevstad, Vigdis: <i>Utlendingsloven kommentarutgave</i> , Oslo 2010
Øyen (2013)	Øyen, Øyvind Dybvik: <i>Lærebok i utlendingsrett</i> , Oslo 2013

Annen litteratur og rapporter

- Havre (2014) Havre, Merete: *Den store balansetesten – varetekt etter en proporsjonalitetsmodell*, Doktoravhandling Oslo 2014
- Havre (2014) Havre, Merete: *Varetektsfengsling av barn – statens plikt til å løslate i påvente av hovedforhandling*, Oslo 2014, Tidsskrift for strafferett side 360 – 377
- Husabø m.fl (2012) Husabø, Erling Johannes og Suominen, Annika Elisabet: *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*, Bergen 02. mars 2012. Utredning avgitt til Justisdepartementet.
- NOAS (2015) Møkkelgjerd, André og Berglund, Siril Henriksen: *En rapport om alternativer til internering – frihet første*, Oslo 2015
- Søvig (2009) Søvig, Karl Harald: *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møte mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, Bergen 29. august 2009. Utredning på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet.

Diverse korrespondanse

E-post fra PU til kandidaten av 19. februar 2015

Internettsider

www.ohchr.org